Q. F. F. Q. E. I. S. N.

DE IVRE. EX. VSV

VVLGO

von der Uſance

EX. DECRETO. AMPLISSIMAE. FACVLTATIS. IVRIDICAE. IN. ACADEMIA. PATRIA

SUB

PRAESIDIO

BLIOTECA NAZ. ROMA ... RIO EMANUELE

DOM. ERNESTI. IO. FRID. MANTZELN,

I. V. D. ET. P. P. O. AC. SEN. F. COMITIS. ITEM. PALAT. CAESAREI

AD. H. A. INAVG. DECANI

STVDIORVM. SVORVM. PROMOTORIS. COLENDISSIMI

PRO. GRADV

TITVLIS. ATQ. IVRIBVS. IVRECONSVLTI

RITE. CAPESSENDIS

HORIS. ANTE. ET. POMERIDIANIS.

PVBLICE. DISPVTAT

THEODORVS. IOANNES. QVISTORPIVS

ROSTOCHIENSIS

ROSTOCHII. III. IDVS. IVNII. CIↃCCXLIIII.

STANNO. ADLERIANO

179

Digitized by Google

Digitized by Google

PRÆNOBILISSIMO ATQUE LITTERATISSIMO

DOMINO QUISTORPIO,

AMICO SUO OCULISSIMO,

S. P. D.

PRÆSES.

Ea mihi ſemper, *Amiciſſime Quiſtorpi*! eſt conſuetudo, ut meis Dominis Candidatis, qui diſputationibus ſuis inauguralibus programma præmitti nolunt, faciam apoſtillam, non gratulatoriam tantum, ſed & vitæ ſummatim deſcriptoriam: Accipe ergo & Tu tale a me poſtſcriptum. Mereris laudem omnigenam, dudum enim & inter nos & inter Lipſienſes vivens inclaruiſti litterarum humaniorum, philoſophicarum & iuridicarum doctrinarum cultura: Proſtant ſub tuo nomine multa eruditionis ſpecimina. Celebris etiam inter Germanos es Poeta & audi, ego ab auctore boni carminis, ſi certae cuidam ſcientiæ palmariæ nomen ſimul dedit, nec a ſola poeſi laudari cupit, ad ſuprema concludo atque hinc viros, qui fatentur, ſe non callere aliquam poeticam artem, ſimul tamen in ſcientia quadam ſuperiori præſtantes ſe præbent, modeſte mentiri puto. Macte virtute Tua! & dignus mihi jam ante biennium eras, quem, auctoritate Cæſarea, crearem Laureatum Poëtam. Præſens tua diſſertatio probat, quod & rebus & verbis abundes & quod ex utraque eruditus ſis & ICtus. Perge ita ſtrenue; ſed veni nobiſcum in forum, quo videas & experiaris, quantum Tuæ diſſertationi pondus dare queas practicum. Accurſianos, Legiſtas & legulejiſmis infectos appellaſti viros, diverſa a te in nonnullis ſentientes. Salve, ita te aliquando in Collegio verſantem & Practicum alloquemur, ſalve, inquam, Domine Accurſiane! Eruditiſſimæ enim meditationes cedere paſſim debent receptis doctrinis & quidem abſque abſurdo; verſamur enim utplurimum in problematibus civilibus & ſub ſymbolo: *Ne ſic quidem male*. Provoco ad ea, quæ Tu, aſſiduus antidhac meus Auditor, ex me, utrumque docente, ad multas juris materias percepiſti.

cepiſti. Age interea & Diſſertationem ex aſſe tuam liberaliter defende. Defende puto tuam Uſanciam, & maxime in id labora, ut characteres diagnoſtici, ſive differentiae, vt aiunt, ſpecificæ, ab aliis affinibus, omnibus pateſcant. Ego Legum affinia ſeptem alias agnoſcere ſoleo, jam mihi acceſſit octavum. Si quis miratur numerum, ſciat, me præter parœmias etiam æquitatem, quam vulgo crepant & communes opiniones, in cenſum vocare, atque inſuper inter latinam obſervantiam & das teutſche Herkommen, multis de cauſis, diſtinguere. Sed hæc in lectionibus ultravulgaribus rimari atque enucleare ſolemus: Plurimorum natura paucis eſt contenta & in puncto debiti & injuriarum aliquis poteſt eſſe ICtus, qui juris tynocinia arithmetice ad paginas didicit. Quod, præterea, Tu *Amice Suaviſſime!* doctrinas tuas a limitibus Juris Gentium & Juris publici arcere volueris, erat e re noſtra, quandoquidem in illis juribus multa ex ſolis moribus vehementer ſunt pragmatica. Quod tamen eo extendi nolo, ut habear pro conſentiente cum illo viro celebri, qui inde minus honorifice de jure, maximè gentium, ſentire ſolebat. Diſtinctionem inter conſuetudinem contra & præter legem diſſertationi tuæ adjiciam & cavebo ſimul, ne mea doctrina, de requiſito conſuetudinis, contradictorio nimirum, nobis eripiatur. Mixti etiam Principis conſenſus ſingularia exempla mihi ſemper concipiam; nempe confirmationis ſententiarum ex inferioribus iudiciis ad ſuperiora devolutarum. Verum, non docere, ſed gratulari volebam. Age igitur, *mi Quiſtorpi!* & ita age, ut alter quidam *Lilienthalius* ſcribere aliquando queat de meritis Quiſtorpianis in Juriſprudentiam. Flore cum Fratribus tuis clariſſimis, Theologicam avitamque Quiſtorpiani nominis famam feliciter propagantibus. Ego Tibi ſemper votis & gratulationibus per tempus, quod mihi ſupereſt, ad latus ero. Poſt fata mea Tibi mei memoriam meoſque commendo: Vivite concordes atque felices.

DEum timentibus omnia proſpere cedent.

Vale.

Dab. Anno MDCCXLIV. inter ſtrepitus nundinarum Roſtochii ſolenniorum.

(o)

DEO, ADIVTORI

P A T R I A E

MAECENATIBVS

ATQ.

PATRONIS

Digitized by Google

HOC

QVIDQVID. EST

LABORIS. ACADEMICI

IN

CVLTVS. DEVOTIONIS

RELIGIONIS. PIE.

TATISQ. MONI.

MENTVM

SACRVM

ESTO!

PRAE-

Digitized by Google

PRAEFAMEN

QVO ſterilior eſſe debebat in ſolo GERMANIAE, eo foecundior viſa eſt ſemper noſtratibus ICtis ROMANI iuris de *conſuetudinis* indole, ac auctoritate, doctrina; ac peregrina illa *iuris non ſcripti* herba. vix vnius inter celebres noſtros LL. interpretes adeo ſterile fuit ingenium, quod non ad excolendam hanc iuris peregrini plantam aliquid ſuae fertilitatis contulerit. ſeu, vt apertius loquar, quanto minus communis ex iure romano gloſſatorum de conſuetudinis requiſitis atque effectibus opinio ad ciuitates, ac fora germaniae territoriorum quadrat; tanto ſollicitius germani prudentes, neglecta ciuitatum patriae indole; atque minus latine intellecto TACITI de moribus germanorum encomio, in explicanda, fundanda, ac amplificanda conſuetudinis romanae, atque iuris non ſcripti, conſtitutione, natura, poteſtate, tyrannide inquam, ad ſuperſtitionem vsque, deſudarunt. longum poſſem, ſi mens eſſet, aliorum bibliothecas exſcribere, horum hic pertexere catalogum, ac magnum magnorum nominum hic in ſcenam producere cateruum; & virorum auctoritate numeroſiſſimum, & multitudine ſua potentem: ſed nec cineres mouebo, nec viuos ſollicitabo. EGO vero, de IVRE. EX. VSV diſputans, hos inter numerari nec mereor, nec volo. tantum profecto abeſt, vt, quod pleriſque in mentem venire poſſet me exiſtimare, exiſtimem, hoc iuris communis de iure non ſcripto caput minus hactenus excuſſum eſſe ſatis, ac forte mihi relictam videri hoc in campo ſpicilegii copiam: vt ſatis vltra dignitatem ſuam, minus tamen digne, excuſſum arbitrer. nam, ſi qua vnquam iuris romani pars mole laborauit ſua, haec certe patronorum, commentatorum atque interpretum ſuorum hactenus gemiſcit ſub onere. quis ergo in iis, quae centies repetita leguntur, ſpicilegio locus? neque hoc nobis propoſitum; vel hic nobis animus. HOC tantum vellem, ne paleas pro frumento, lolium pro mergetibus collegiſſet ſchola DD. ſaltim vt varias iuris non

ſcripti ſpecies,& homogenea cautius ſecreuiſſent. aſt plurimi, quaecumque romanae ſuae conſuetudini non prorſus abſimilia conſpexerunt, vel arbitrati ſunt, mox vnum idemque horrei ſui iuridici contulerunt in loculamentum:ſat pauci de examinanda vera peregrinae huius plantae natura atque radice vel cogitarunt quidem: omnes contra eius vim ac poteſtatem hodienum ex iure romano aeſtimant, atque,quae hoc illi tribuuntur, crude ad ſtatum, & fora germaniae ciuitatum adplicant; varia autem ipſius, atque diuerſiſſima genera, miſcent inter ſe, confunduntque miſerrime: quippe quae, quantum mihi quidem licuit inuenire, ſatis abs inuicem diſtincta hactenus expoſuit nemo. qua iurisprudentia vix dici poteſt, quantum & ipſi iuſtitiae, & ſummae in rep. legislatoriae poteſtati inferatur praeiudicium.ſed haec perſequi tum ipſa praefaminis magnitudo prohibet, tum feſtinatio, vt ea explicem, quae exorſus ſum: quin his vberius exponendis non vnus erit in ipſo volumine locus. ſcilicet & ipſe, inauguralem meam conſcripturus diſſertationem, huius argumentum ex campo iuris non ſcripti deſumſi, de *iure ex vſu v.* **von der** *Uſance*, diſputaturus. huius ergo expoſiturus indolem ac auctoritatem, id egi ante omnia, vt vulgares communis ſcholae circa conſuetudinis argumentum errores & aliquanto monerem liberius, & ipſe vitarem circumſpectius. tum, quod vna quidem iuris non ſcripti mater ſit imitatio, plures autem illius ſint partus: horum quemuis, quam fieri potuit viuidiſſime, abs iure ex vſu ſecernerem. quo expedito, id mei fuit officii, vt huic tandem iuſtum ſuum ſtatuerem pretium, tam in iudicio, quam extra illud conſiderato. SPEM ergo foueo, haud ambitioſam, fore, vt haec mea diſſertatio, quae forte ex rubro ſuo, quod tritum ſatisque excuſſum primo exiſtimari poſſet obtutu, minus videbitur aeſtimabilis nonnullis; perlecta quidem, quod niſi ab eruditione, ſelectu ac vtilitate ſuis, ſaltim ab ipſa ſua ſe nouitate pluribus quam maxime commendet.

DISSER-

DISSERTATIO DE IVRE. EX. VSV

vulgo: von der Uſance.

SECTIO. I. CONTINENS. THEORETICAM CONSIDERATIONEM

§. I.

MIRVM animis mortalium inſidet, teſte experientia, ſe inuicem imitandi ſtudium, vt, quo homo homini angelus, homo homini daemon eſſe dicitur; eodem iure homo hominis ſimius poſſit adpellari. naturale hoc vniuerſo hominum generi, atque commune adeo, vt iam olim philoſophorum ſummo ad imitandum viſum fuerit natum eſſe. quid? quod vel ſingulariſſimi eorum, quos miſanthropos vocamus, quique ſibi ſolis ſimiles eſſe laborant; habeant, quos, quas, vel quod affectent: aut, ſi mauis, quae in aliis adparent humana, decora, laudabilia, elegantia; his quidem oppoſita imitentur. PLVRIMI philoſophorum hanc imitandi libidinem ad inſtinctuum naturalium referunt claſſem, quos ſponte noſtra, ac ſaepe cum inpetu quodam, quotidie ſequimur lubentes. ad philautiae, ad nouitatis, ad defenſionis, propagationis, ſocialitatis, & plures adhuc eius generis inſtinctus alios, quorum vim tota ipſi die experimur, prouocant. atque per me quidem liceat, ita philoſophari. at ipſi tamen ita ſentientes concedant neceſſe eſt, fontem huius imitandi, ſi ita placet, inſtinctus, neutiquam per eiuſmodi philoſophema demonſtrari, vel aperiri. eſt certe in-

ſtudium imitandi

naturale,

vnde deriuandum?

an ex inſtinctu quodam

A

inſtinctus vocabulum eorum, quae ſenſu quidem non carent; ſed obſcuram tamen,ne dicam plane occultam, arguunt qualitatem. hinc per inſtinctus ſymbolum mihi quidem nihil videtur declarari: vtut in ore ſophorum frequenter ſatis verſetur. CONTRA ſunt, qui ad exempla nos adtendere iubent, quippe ex quibus per artis logicae regulas vniuerſalem quamdam regulam inuenire licet. atque horum quidem conſilio vſi, periculum faciemus, quantum ex fontibus ſpecialioribus atque deriuatiuis, de communi, atque originario imitationis fonte diuinare poſſimus. certum eſt, complures nudo complacendi ſtudio ad imitandum commoueri:

fontes ſpecialiores.

quum & libenter imitemur,quibus fauemus; faueamusque ex aduerſo libenter iis, qui nos imitantur. haud paucos nouitatis cacoëthes ad imitandum rapit. alios peregrinitas pellicit. alios vtilitatis ſpes imitatores facit: alios adparentis cuiusdam boni ſpecies. vt aemulationem, vt faſtum, vt alia taceam; quae mox huic, mox illi imitationis ſtimulum excitant. QVAE ergo tandem primitiua, atque communis his omnibus, imitationis origo? quodnam primum in imitandi

quis originarius?

ſtudio mobile? quae cauſſa prima? optimam ſane me iudice, atque tutiſſimam hanc inueſtigandi viam elegeris, quod ſi in naturali, ac a ſapientiſſimo generis humani creatore nobis indita ad ea inclinandi propenſione, quae perfectionis incrementa noſtrae videntur; & decrementorum eius contra fuga naturali; eam quaeſiueris vnice. regula enim: *perficias te!* quam & natura ſequitur, & ratio inculcat; quum omnium actionum humanarum ſcaturigo ſit, ſaltim ex fine ſummi NVMINIS eſſe debeat: quomodo quaeſo, hominum ad imitandum propenſionis, naturalis adeo, atque communis, eſſe non poteſt? fieri profecto non poteſt, vt aliquem

docetur.

imiteris, niſi in eo adpareat,quod tibi bonum exiſtimes: neque in alio probare quid poteris absque ſtimulo imitandi. boni itaque exiſtimatio fons eſt omnis imitationis primarius. interim quis neſcit, mirifice homines, in cognitione boni, perfectionis ſpecie falli quotidie: ac ſummas quandoque

doque inperfectiones ſub larua boni deperire ? & contra. nil ergo obſtat, quo minus & hic ſpecie decipiantur ſaepe numero: nec ſemper, quae vere conuenientia ſibi, imitentur. quam eheu! imitatorum multi ſunt, quibus nuda ſpecies inponit!

§. II.

QVIDQVID ſit, imitationis ſtudium ad ea pertinet, quae in ſolle ſpectata, mediae ſunt moralitatis. in ſe quidem nec bonum eſt, nec malum: ſed indifferens; ſeu ad vtrumque compoſitum. ſi ſcilicet a perſonis obiecto, fine, circumſtantiis denique reliquis, mentem abſtraxeris; imitationem dices extra moralitatem boni, vel mali poſitam eſſe. quodſi vero ad haſce ſingulares, quas philoſophi vocant, determinationes reſpexeris; imitatio mox actio laudabilis, mox decora, mox indecora; mox vana (a), mox plane turpis euadet. tantum enim abeſt, vt vna ſit imitationi conſtans, atque perpetua qualitas; vt mirum quantum variet, mutetque naturam moralis adfectionis: prout imitantium animi, exemplaria, ſcopi, reliqua, a ſe inuicem diſtant, diſcrepant, ſibique contrariantur. SIC QVOD ſupra (§. I.) innuimus, imitatorum alios vano quodam aliis placendi ſtudio; alios faſtu; aemulatione alios; alios adfectatione duci: plurimos adparentis boni illecebris abripi: pauciores in vere imitanda inpelli; ac egregiis ſeſe exemplaribus conformare: quotidie videmus. neque abs re illa eſt, quae omnibus nota, diuiſio imitationis in oculatam, ſeu rationalem: & coecam, ſeu irrationalem; eorum ſcilicet, qui ſerui pecoris inſtar imitantur alios, gregis caprarum more ſequentes viam, qua ruit dux gregis ipſe caper. illi ſane quantum ſtatuendum ſit pretii, vel nomen indicio eſt. hanc, de coeca loquor, admirabili dictionis ſuauitate, multo multiiugae eruditionis adparatu, plurima elegantia, dudum ad viuum, quod aiunt, depictam dedit ILL. DOM. A. WESTPHALEN. EQVES atque CAN-

eius moralitas.

& diuiſio.

(a) conf. CHR. THOMASII dodec. quaeſt. hiſt. phil. iuridicarum, qu. IV; *quomodo differat actio vana a turpi?*

Digitized by Google

CELLARIVS curiae HOLSATICAE in abſolutiſſimo commentario conſuetudinis ex ſacco & libro: (b) confeſtimque, quod politicum decet, optimas morum, per imitationem coecam deprauatorum, medelas medica manu adiecit. (c)

§. III.

eius in vita ciuili effectus.

SED. MITTO philoſophicam imitandi, ſtudii inquam, an inſtinctus? conſiderationem: hancque operam morum magiſtris plenius, ac circumſpectius nauandam remitto. verſor in cathedra iuridica, vbi vitam ciuilem ſolum curo: vbi leges externas, fora, partium iura, actiones & litigia vnice circumſpicio. & certe hic quoque miram vbique imitationis vim ac poteſtatem deprehendo. tanta ſcilicet imitationis, rerumque ſimiliter geſtarum, & ipſas inter leges, ipſisque in foris eſt auctoritas; vt dubium ſit, an maior eſſe poſſit. qui quaeſo maior eſſe poteſt? quum imitatio diutius introducta, ac per conſtantes ciuium actus adprobata, dum ab origine plane voluntaria fuit, tandem regulam faciat acturis: ac poſteris ſub neceſſitatis quadam ſpecie inponat: quin ipſius legis habitum induat poſtremo. nae! quam multa debemus imitationi in vita ciuili; in iurisprudentia; in foris; atque iudiciis! quaeris ea quae ſint? audi! debemus imitationi tot conſuetudines: (d) tot paroemias, (d*) conſuetudinum teſtimonia: tot praeiudicia in foris: tot variantes ſtilos curiae: tot mores, qui vulgo Moden dicuntur: IMMO ipſum tandem, de cuius natura, conſtitutione, atque effectibus in praeſentia ſumus ſolliciti, IVS. EX. VSV ſiue vſancias, (quo verbo, licet barbaro, in poſterum quoque vtar;) debemus imitationi.

quorſum & pertinet ius ex vſu.

§. IIII.

(b) v. vom Bocksbeutel und Wäsken Bock: ſpeciatim a *p.* 353. *n* 9.

(c) in nota, quae citatam ſequitur, *h*).

(d) conf. GVNDLINGIANA *P. VII. art. III.* vom Gewohnheitsrechte §. 5. cauſſas alias, vnde conſuetudines, in ſpecie, quae LL. ſunt contrariae, originem ducere poſſunt, recenſet IDEM *l. c.* §. 6. *ſqq.*

(d*) ad quas egregie commentati ſunt HERTIVS *opp. T. II.* & PISTORIVS *in centuriis*; alii.

§. IIII.

EST enim IVS.EX.VSV ſiue VSANCIA: *regula iuſti externi, per IMITATIONEM actus cuiuſdam ciuilis voluntarii diuturnam, a ciuibus in ciuitatem introducti.* quae quidem finitio, etſi ex modo dictis (§.III.), & in ſe, ſatis mihi perſpicua videatur; paucis tamen eam adhuc vberius declarabo. EQVIDEM actionibus, quae liberae ſunt, humanis, omnibus & ſingulis ſua natura quaedam ineſt moralitas, quae philoſophis vocatur obiectiua. verum, quum ipſa haec actionum liberarum moralitas, cuius ſit generis, ex effectibus & conſectariis demum cognoſcatur; vt difficile, ne dicam impoſſibile ſaepe ſit numero, de iuſtitia vel iniuſtitia, bonitate, vel prauitate actionis cuiuſdam decernere antea, quam eam ſuſceperis: contra mens humana adeo ſit peruerſa ac corrupta, vt quid bonum ſit, quid non, quid malum, videre mox non poſſit, mox nolit; imo ſi videat, & cognoſcat, tamen in contraria trahatur: hinc opus fuit magiſtratibus, inperio, legibus poſitiuis. at vero, quum nec hae in omnes actus & contractus ſpecialiores ferri poſſint; neque latae ſint: (e) inde actus alii legibus circumſcripti ſunt, alii illis ſoluti. illos *legales* vocamus; hos *voluntarios.* in voluntariis itaque, dum lex deficit, liberum vni agenti cuique, ſuum, quod ſequatur, relictum arbitrium. qua rerum in indole, ſi vnus vel alter, propria negotia, quemadmodum placebat, ordinando, aliis exemplo fuit, quaſi arbiter natus; mox alius ſuccedit, cui volupe eſt, ſuas quoque res eodem modo gerere. vbi plures in idem conſpirant ſucceſſiue, ſe inuicem *imitantes* agendo; mox plurium in idem conſenſu harmonico, ſua quaedam actui conſtituitur auctoritas, ſolemnitas, ac indoles vniformis. haec quo diutius ſeruatur imitatione, eo maius ſentit auctoritatis incrementum: mox *regula fit*: iam *obligat*: tandem *legis* quodam ſtringit vigore, licet ementitio (§. III.), iam ponas, actum ita ſuſceptum originarie, ita adprobatum, ita ſtabilitum, ita confirmatum tandem imitatione, ad *iuſtum exter-*

vſanciae definitio.

eius paraphraſis.

(e) *L. 3. 4. 5. 6. 8. & 12. de LL.*

externum pertinere: & ecce habes *vſanciam*! quam inde vocauimus: *REGULAM. IVSTI. EXTERNI. PER. IMITATIONEM actus cuiusdam ciuilis VOLVNTARII. DIVTVRNAM a CIVIBVS in ciuitatem introducti.*

§. V.

exemplum iuris congrui per vſanciam introducti.

ATQVE vt definitionem noſtram ab omni prorſus verborum ambiguitate, & obſcuritate liberemus; ſtringenti quodam mens eſt, eam adhaec explicare exemplo. FAC in ciuitate quadam, vt hic ROSTOCHII, libertatem ciuium circa vendendas domus ſuas *nulla ad vicinum* (qua huic ius protimiſeos concedatur,) *adſtrictam lege eſſe.* interim AVLVS *ciuis*, aedes ſuas aere commutaturus, eas vicino ſuo BRVTO amico ac familiari, primo emendas offert. emit eas BRVTVS. en! *oblatio haec AVLI. BRVTO facta, actus eſt MERE. VOLVNTARIVS* (§. IV). CAIVS eiusdem civitatis *ciuis*, ac domum ſuam pariter venumdaturus, poſtquam cognouit AVLVM conciuem paullo ante domum ſuam prae aliis vicino ſuo BRVTO primum obtuliſſe; atque in eo emtorem reperiſſe facilem: eodem conſilio vicinum ſuum DAVVM adiens, ei prae aliis aedes ſuas venum exponit. fit emtor DAVVS. *hic habes IMITATOREM.* AVLI. CAIVVM. haud multo poſt tres, vel quatuor alii, horum exempla ſequuntur: *atque iam imitatio communior incipit fieri.* mox ERICUS quidam, cui, quales ſe erga vicinos ſuos geſſerint ſuperiores, narratur, poſtquam conſilium cepit aedes ſuas diſtrahendi; *iuris* eſſe exiſtimat, ut illas proximo ſuo prius emendas offerat: hinc FLAVIUM ad ſuum inuiſit, eique primum emendi conditiones exponit. hic domum oblatam an comparauerit ſibi; an aliis emendam conceſſerit: nil refert ſcire. ſufficit notaſſe, *iam imitationi, quam hactenus vrgemus, quamdam IVRIS, quod CONGRVI* (e*) *vocatur, ſpeciem acceſſiſſe.* qui ſcilicet actus, dum ad AVLVM reſpicis, plane voluntarius erat,

(e*) quod vulgo ex iure rom. *L. 4. C. de locat. praed. ciuil.* deriuare volunt. *vid.* B. HEINECC. *elem.* I. *G. lib. II.* §. *CCCCXIII*, ſed partus eſt iuris germanici.

Digitized by Google

erat, mox a CAIO ac aliis *ciuibus* in imitationem deductus, tanti iam eſt, vt ERICVM *opinio quaedam NECESSITATIS* vrgeat. haec magis magisque *augetur*, quo *diutius IMITATIO* continuatur. tandem GALLVS ciuis aedes ſuas venumdat IAVOLENO; neque prius eas vicino ſuo HADRIANO emendas offert: ſiſus, qua gaudere ſibi videbatur, naturali, neque ſtatuto limitata, ſua circa vendendas res ſuas libertate. mox IAVOLENVM in iudicium vocat HADRIANVS; domum emtam venditam ex iure retractus & congrui ſibi repoſcit; actionem mouet: intentionem ſuam *in iure quodam ex vſu*, *IN VSANCIA* quadam fundat. negat vſanciam IAVOLENVS atque in auxilium vocatur GALLVS. HADRIANVS contra ad ea, quae AVLVM inter & BRVTVM. CAIVM & DAVVM, aliosque complures vicinos geſta ſunt, prouocat: hisque probari exiſtimat *VSANCIAM eſſe*, vt ciuis domum ſuam venumdaturus eam vicino ſuo prius, quam aliis, emendam debeat offerre. NONNE quaeſo, ex hactenus deductis optime, quem nos de vſancia ſuppeditauimus, conceptus illuſtratur? dic, age! quid HADRIANO vſancia eſt aliud, quam: regula quaedam iuſti externi, (*in exemplo: iuris congrui*:) per imitationem (*CAII & reliquorum;*) actus cuiusdam ciuilis, (*qui hic erat oblatio ad emendum vicino facta:*) voluntarii (*h. e. AVLI*) *per ciues* (CAIVM *& reliquos*) introducti? plures ſcilicet vicinorum circa vendendas ſuas domus actus conformes, tandem venditoribus regulam & legem (§. III.) qua vicinos, inpoſuiſſe viſi. IDEM iam exemplis *ex more donationum* commonſtrare quoque poſſem: item per *vſancias cambiales*, & alias eundo: ſed breuitati ſtudendum eſt. *et ſimilia.*

§. VI.

PLVRES iam memini, praeter vſanciam, me ſupra in f. § III. recenſere imitationis in ſtatu ciuili foetus. hi quod idem cum vſanciis habeant principium, atque non nihil praeterea ſimilitudinis; merito earum analoga exiſtimantur eſſe. quum vero analoga numquam ſint ſynonyma, plerumque tamen confundantur incautius; opus eſt omnino, vt ſupra memo- *connexio*

Digitized by Google

memoratos imitationis ciuilis partus cum vſanciis conferamus; haſque iterum a ſingulis diſcriminemus curatius: harum vti indoles eo euadat perſpectior, omniſque euitetur confuſio. neque operae pretium fore dubitamus, haec paullo ſtudioſius rimari. vt enim in omni iuris ad factum adplicatione minima circumſtantia rem variare mirum ſolet quantum: ita & in iurium ipſorum conſideratione minimas proficit notaſſe qualitates; quum minimus defectus mirifice turbet iuris auctoritatem, vel augeat ex aduerſo faciet itaque hoc praeſens inſtitutum ad ipſum vſanciae conceptum eo diſtinctius formandum. faciet dein ad eius vim & poteſtatem eo curatius circumſcribendas pronam tandem viam nobis parabit, alias ſat inpeditam, ad concluſiones practicas poſt SECT. II. certius ac circumſpectius nectendas quin ipſa haec vſanciae cum analogis ſuis conparatio anſam dabit, & his lucis aliquid, quodſi non noui, clarioris tamen, adfundendi.

& inſtitutum.

§. VII.

conſuetudinis & vſanciae collatio.

PRIMVM itaque *conſuetudinem* cum vſancia conparemus (§. VI.). ILLAM cum *ſchola*, (quod cur adiiciam, mox infra (§ VIII. ſeqq.) patebit,) *ius voco, non ſcriptum, per actus ciuium idoneos, (ſeu mores,) accendente tacito principis conſenſu, IMITANDO introductum*: hanc ſupra (§. IIII.) definivi, explicuique (§. IIII. & V.), quod ſatis videbatur. utraque ergo, vi harum definitionum, circa actus *ciuium*, ad regulas iuſti externi referendos, verſari intelligitur. vtraque per imitationem *ciuium*, quae mox in *morem iuridicum* (§. III.) degenerat, primum introducitur. vtrique per actus ſimiles conſtantes, vniformes ac diuturnos, *neceſſitatis* tandem *ſpecies quaedam* conciliatur (§. III. IV. & V.). vtraque, quod reſtat, ad ſpecies iuris non ſcripti, referenda eſt (per def.). quae enim de actuum vniformitate, ac diuturna & ininterrupta eorum continuatione, circa conſuetudinis requiſita docentur, eodem mihi iure vſanciae quoque videntur adplicanda: ne vaga, ne recens, ne interrupta dici poſſit, DE tacito principis conſenſu

illarum conuenientia.

ſenſu reſtat videamus. enim vero vbi ad populi, vel *& differentia* principis hodie, conſenſum reſpicis; cui quidem conſuetudo omnem ſuam vim, ac poteſtatem, vt LL. interpretandi, reſtringendi, imo abrogandi, ſi diis placet; acceptas refert: graue profecto illam inter atque vſanciam intercedit diſcrimen. prorſus enim hac maieſtatica, qualem mihi vſanciam concipio, quum per *ciues* introducitur (§. IV), auctoritate deſtituitur; hinc legum quoque, & contra leges vi caret omni: quod infra ſect. II. manifeſtius mihi declarandum, atque probandum reſeruo. vt ergo plura paucis conprehendam, conſuetudinem dico ab vſancia differre, vt maius a minori. quod ſi a principis conſenſu tacito receſſeris; habebis vnum idemque. quem tacitum principis conſenſum ſi quaeris; nec occurrit: vſanciam habes. cui ſi is accedat; conſuetudinem habes numeris ſuis perfectam, ac legalis poteſtatis colophone conſummatam.

§. VIII.

HACTENVS cum *ſchola*, (§. VII.) atque ſecundum opinionem communem DD. multum autem abeſt, vt ea, quae circa naturam, conſtitutionem ac requiſita conſuetudinis communi hodienum ore docentur, bene valeant; tamque crude noſtris temporibus, ac ciuitatibus poſſint adplicari: vt contra nec hodierno ciuitatum ſtatui, nec iudiciorum indoli, nec iureconſultis noſtris conueniat vllatenus, in fraudem principum atque legum, inperiique ciuilis, conſuetudines fingere; atque ſubintroductas tueri allegatione taciti principis conſenſus, ex perpetuitate ac conſtantia ſimiliter actorum, geſtorum vel iudicatorum, inferendi, vel illati. dudum hanc iurisprudentiae modernae corruptelam ſubpluere ſubtiles illi duo iuris ciuilis ARISTARCHI. TITIVS, (c**) atque BACHOVIVS. (f) pleniorem vero, atque pro more ſuo elegantiſſimam, circa conſuetudinis requiſita obſeruationem ante

de conſuetudinis requiſitis curatior doctrina.

& ſententia ILL. A WESTPHALEN.

(c**) O. ad LAVT. O. XV. n. 3.
(f) ad §. 12, I. de I. N. G. & C.

ante annos nobiſcum communicauit ILL. A. WESTPHALEN (g); omnibus & eruditionis & acuminis iuridici numeris abſolutiſſimam: cui quidem in puncto iuris, quod aiunt, ac veritatis, penitus ſubſcribo. digna ea, quam bis legat, relegat, atque in ſuccum & ſanguinem vertat ACCVRSIANVS quisque. liceat ergo, pace ſummi VIRI, exinde mutuari argumenta, quibus pro ſcopi ratione hic nobis opus eſt; ac eorum catenam hic denuo nectere. ipſis dein eius verbis coronae loco vtar; vt pateat vnicuiuis perſpicere, quam & fallens ſit via, qua ſchola oberrat hactenus: quaeque in alia eundum ſit ei, cui veritas placet ſuper omnia, vel in ore vnius doctoris.

cui ſubſcribitur.

§. IX.

IVLIANI de conſuetudine ſententia.

RECTE equidem IVLIANVS. ICTVS lib. XCIIII. (h) digeſtorum ſuorum, ſua aetate, qua legislatoriae poteſtatis adhuc aliquid, ſaltim ſpecies quaedam reliqua penes populum ROMANVM erat; habito inſuper ad veterem REIP. ſtatum *democraticum* reſpectu (i); conſuetudinis fundamentum

(g) *c. tr. de C. ex S. & libro pag.* 209. *n. x*)

(h) ita inſcripta L. 32. ff. de LL. verum loco LXXXXIV. in codice FLORENTINO legi LXXXIV. teſtis *αὐτόπτης* eſt GRONOVIVS cap. XXV. p. 70. 71. *de emendatione pandectarum.* neque ultra XC libros DIGESTORVM conſignaſſe IVLIANVM, fallique, qui XCIX vel C. libris hoc opus conſtitiſſe autumant; docet B. HEINECCIVS *hiſtor. iur. rom.* §. CCXLIII. & n.*) p. m. 239. & 240.

(i) vixit equidem magnus hicce SALV. IVLIANVS ſub HADRIANO. INP. vigente iam dudum ſtatu monarchico, ſed, vt ipſe autor eſt famoſiſſimi edicti perpetui: ita hic eius, quem digeſtorum inſcripſit, commentarius, ad ſeriem, & ſecundum doctrinas atque ſententias huius edicti perpetui, ſine dubio compoſitus fuit, quod ad ſtatum reip. democraticum pertinebat. vt taceam, tunc temporis magnam adhuc legislatoriae poteſtatis partem reſiduam populo rom. fuiſſe relictam.

tum poſuit in tacito populi conſenſu: vti HERMOGENIANVS. ICTVS (k) idem in tacita quadam populi conuentione quaeſiuit non inconuenienter prorſus. atque hi ſunt, quorum verba & ſententias poſt adoptauere compilatores iuſtinianei; in leges eas transmutantes fidenter. lex ſcil. XXXII. de LL. quae adeo crepatur ab omnibus, vel ipſa inſcriptione teſte, IVLIANI eſt. haec ita habet (l): *inueterata conſuetudo pro* LEGE *non inmerito cuſtoditur. (& hoc eſt ius, quod dicitur* MORIBVS. CONSTITVTVM.) *Nam cum* IPSAE LEGES. NVLLA. ALIA. EX. CAVSSA *nos teneant, quam quod* IVDICIO. POPVLI. RECEPTAE. SVNT: *merito & ea, quae ſine vllo ſcripto* POPVLVS *probauit, tenebunt omnes: nam quid interest,* SVFFRAGIO (l*) POPVLVS. VOLVNTATEM. SVAM DECLARET, AN. REBVS. IPSIS. ET. FACTIS? lex vero XXXV. *eodem* HERMOGENIANO debetur; atque ex epitomarum eius libro I. deſumta legitur, haec ita habet: *Sed & ea, quae* LONGA. CONSVETVDINE *comprobata ſunt, ac per annos plurimos* OBSERVATA, *velut* TACITA. CIVIVM. CONVENTIO, *non minus, quam ea, quae ſcripta ſunt iura, ſeruantur.* en! nobile illud par legum, quibus vt firmiſſimis columnis, vniuerſam

atque HERMOGENIANI.

L. 32. de LL.

L. 35 de LL.

anteriores enim inperatores tantum vt conſules perpetui ſe gerebant: HADRIANVS primus legiſlatoriam ſibi poteſtatem liberius arrogauit. conf. B. HEINECCIVS *ſynt. antt. rom. lib. I. t. II. §. LVII. ſqq. procem. §. XIV. & hiſt. iur. rom. §. CCXXI. CCXXII. ſqq. & §. CCXLI. CCXLII. vt & alii antiquitt. rom. ſcriptores.* confer. praeterea PANZIROLVM *de claris LL. interpretibus Lib. I. c. XXXVIII. & LABITTI indicem LL. it. COTTAE recenſionem inter pretum iuris.*

(k) de cuius aetate & ſcriptis conferſis eumd. HEINECCIVM *in hiſtor. iur. romani §. CCXCIII. p. m.* 293. item PANZIR. *d. l. lib. I. c. LXV.*

(l) §. 1.

(l*) ſeu pacto publico in comitiis, quo LL. in ſtatu populari fiebant *L. 2. ff. de LL.*

188

Digitized by Google

ſuam, & ſymmetrice & architectonice quidem ſatis; minus tamen prudenter excogitatam, conſuetudinis arcem ſuperſtruere ſolent legiſtae communes. verum vero, quis quaeſo, dum has adtente legit, non videt, vtrique de ſtatu democratico populi romani, ac ciuibus in democratia viuentibus, ſermonem eſſe? neque vero negandum eſt, in ciuitate democratica, vbi legum poteſtas penes populum eſt, *ius quoddam citra ſuffragia, & ſcripturam, rebus ipſis & factis ciuium, quaſi per tacitam quamdam eorum conuentionem; introduci poſſe.* prorſus autem eiusmodi iurisprudentia ſtatui monarchico, ac ciuitatibus germaniae modernis, quae nihil, vel parum cum ſtatu reip. romanae democratico commune habent, contrariatur ac repugnat. princeps, anima illa legum, fere vbique vnicus eſt, & manet, legum iuriumque fons; hinc & iuris non ſcripti: quippe penes quem legum ferendarum auctoritas, vis ac maieſtas reſidet omnis. omnino itaque vitio vertendum eſt TRIBONIANO, viro illi illuſtriſſimo, nec non prudentiſſimo, magiſtro & exquaeſtori ſacrorum palatiorum inperatoris, & exconſuli, *viro, & in ipſis rerum experimentis,* & in eloquentia, *& in* LEGIBVS. SCRIBENDIS *ſatis ſpectato, &* QVI. NIHIL. VNQVAM. INPERATORIS. IVSSIONVM. CONTEMPSERAT: (m) qvod hac in materia tam ardua, rudem ſuam legum ſcribendarum inperitiam prodens, adeo inperatoris ſui iuſſionum (n) ac elogii inmemor fuerit; vt, vel ipſo STRYKIO monente, (o) adeo minus caute iuri iuſtinianeo (pridem *monarchico:*) *democratici* has ſtatus reliquias inſeruerit. vel quisquis tandem is ſit ex grege conpilatorum; qui haſce veterum ICtorum de conſuetudine ſententias, tam crude, & absque ingenio, ad praeſentia ſibi tempora, vel ipſis legibus ſcribendis adplicauit.

quomodo intelligendae.

epicriſis.

§. X.

continuatio. NEQVE rem conficiunt, qui, ne *L.* 32. *de LL.* adplicatio-

(m) teſte *L.* 3. §. 9. *conſt. DEO auctore C. de V. I. E.*
(n) *L.* 1. *eiusd. conſt.*
(o) *in U. M. ad tit. de LL.* §. 11.

cation e ſua deſtitui patiantur, quod nefas foret adſerere; in *populi* locum *principis* ſubſtituunt perſonam; ac ab *eius tacito conſenſu* conſuetudinis hodie deriuant autoritatem. hi ſcilicet ſunt, qui cum STRYKIO ita argumentantur: (p) *eſt ergo & olim, & hodie certum ex d. L. 32. cuius expreſſo ſuffragio feruntur leges, illius tacito conſenſu introducitur conſuetudo. Vnde ſubſumo, conſuetudinem Imperii induci non poſſe, niſi accedente tacito Imperii & ſtatuum conſenſu.* TACITI. ENIM. EADEM. RATIO EST, QVAE. EXPRESSI. *Vice verſa in territoriis Statuum, vbi leges prouinciales ferendi poteſtas* PENES. PRINCIPEM. EST, *eius* TACITO. CONSENSV, *accedente ad vſum Populi, inducitur conſuetudo.* enimuero, vtut non negem, tacitum principis conſenſum idem operari, quod expreſſus: atque principis conſenſum ad inducendam legalem conſuetudinis autoritatem ſufficere debere. difficile tamen videtur, a legulegismi vitio liberare ſcholam, tam crude, quae his legibus de populi factis, conſenſu & ſuffragio tacitis dicuntur; ad principem, eiusque conſenſum tacitum, adplicantem. praeſtaret vtique, quas ſummo pridem eruditi orbis cum adplauſu, circa leges romanas rite explicandas & adplicandas inculcauit cautelas ILL. A. WESTPHALEN (q); & hic in vſum deducere. verum vero, ne quid ipſe, homo nouus, monere videar; iam cauſſam omnem ipſius huius ſummi VIRI verbis, quibus ponderoſiora, numeroſiora, terſiora inuenire non licet, vt colophone abſoluemus. ita autem ille: (r) *Leges Iuſtinianeae*, inquit, *tacitum populi conſenſum poſcunt, ſcriptae enim ſunt* IN. REPVBLICA. PLEBEIA, *& accommodata ſtatui* POPVLARI. *Noſtro aeuo, & in Germania,* DEMOCRATICVM. STATVM. EXVLARE, *recte intellexerunt Interpretes, ideoque ſubſtituerunt Principis perſonam. At vero, quaeſo, cur illi reti-*

STRYKII argumentatio reiicitur.

verba & rationes ILL. A. WESTPHALEN.

(p) V. M. l. c.

(q) in mantiſſa: *de mediis & cautelis ſtudii rite explicandi & conciliandi leges romanas*, ſubiecta quatuor orationibus CHEMNITIANIS. SVNDII & LIPS. 1727. ed.

(r) tr. de C. ex S. & L. d. l. p. m. 212. ſq.

Google

retinuerunt TACITVM. CONSENSVM. *Tacitus conſenſus colligitur ex factis, & ſupponit ſcientiam. Is igitur ſufficiens plane fuit in ſtatu populari, vbi plebs iubet, praetor ſtatuit,* ET. ACTIONES. CIVIVM, MORES. ET. CONSVETVDINES. VENIVNT IN. CVIVSCVNQVE. NOTITIAM. *At vero in ſtatu, quo viuimus*, MONARCHICO, *quis eſt, qui putet*, PRINCIPES. INSTRVCTOS. ESSE. SCIENTIA. ACTIONVM. ET. MORVM. PLEBIS. CIVIVMQVE? *Ignorat, certe non curat Princeps actiones, quisquilias, & facta priuatorum*, DVM. VERO. NESCIT, QVOMODO *quaeſo* DICI. POTERIT, QVOD. CONSTET. DE IPSIVS. PATIENTIA? *Mihi certe ſalua aliorum Philoſophia*, EXPRESSVS. PRINCIPIS. CONSENSVS. AD. CONSVETVDINEM. VIDETVR. PLANE. NECESSARIVS, ALIVNDE. ENIM. CERTVS. ESSE. NVLLVS. POTERIT. DE. IPSIVS. SCIENTIA. *Non eſt vt dubium moueat communis Schola*, QVOD. EXPRESSVS. CONSENSVS. FACIAT. LEGEM. *Dic*, QVIDNI & CONSVETVDINEM? *quae nihilominus à lege, quae* NON. A POPVLO. INDVCITVR, *ſed a Principe* PROPRIO. ARBITRIO, PROMVLGATVR *diſtincta eſt, & indolis diuerſae. Vt vero conſuetudo effectum ſortiatur, hoc eſt, vt vim legis obtineat, vt Leges priores tollat, & interpretetur, certe* OPVS. EST. IMPERANTIS AVCTORITATE. ET. EVIDENTISSIMO. CONSENSV.

§. XI.

quibus ſubſcribitur. HACTENVS. VIR. ILLVSTRIS. pergit quidem eodem acumine & reliqua, quae communiter docentur, conſuetudinis requiſita rimari; doctiſſimaque notare epicriſi: ſed haec pro ſcopi ratione ſufficiunt. primum itaque eius ſententiae, qua expreſſum imperantis conſenſum ad conſuetudinem introducendam requirit; penitus ſubſcribo: rationibus calculum, meum quidem, adiicio: atque ſummum conuictus de veritate dogmatum ipſius, iam ipſe ad conſtituendam conſuetudinem expreſſe declaratum principis requiri conſenſum, defendo. poſt oleas repetens; iam ad vſanciae cum conſuetudine collationem (§. VII.) reuertor. atque dum hactenus inſignem illas inter aſſeruimus intercedere differentiam,

am, eo, quod conſuetudines, *tacito ſummi inperii conſenſu munitae*, multum vſanciis autoritate praeſtent, hocce praeſidio deſtitutis (§. VII.): modo aliam chordam tango, magis harmonice cum hodierno germanicarum ciuitatum ſtatu publico conſonantem, ita vero meditor: *conſuetudines*, quae vocantur, *aut* EXPRESSO. PRINCIPIS. CONSENSV *roboratas eſſe debere:* ac tum quidem multis paraſangis iuri praeſtare vſuali. (§. VII.) *aut ſi eo careant*, NVDAS *eſſe*, IPSASQVE, quibus cum eas hactenus contulimus, VSANCIAS. (§. cit.) *age igitur, ſume quam conſuetudinem libet; abſtrahe mentem a principis conſenſu: & habes vſanciae exemplum.*

§. XII.

ABSOLVTA his vſanciarum cum conſuetudinibus comparatione; illarum iam ad aliud progredior analogum. (de paroemiis enim, quæ conſuetudinum ſunt teſſerae (§. III.), quid ſtatuendum iam ſit, vni eſt facile coniectu cuique. atque en! primum occurrunt. *praeiudicia* fori, quae cum iure ex vſu, vt huic analoga (§. VII.) conferamus. ſunt vero PRAEIVDICIA. FORI: *ſententiae iudiciorum, tam circa ſenſum legum, quam formandas in meritis cauſſa deciſiones, obtinentes vt regulae; per* IMITATIONEM *anteceſſorum receptae, inueteratae.* inde formulae: hier ſprechen wir ſo: den Text verſtehen wir ſo; wir haben es ſo in protocollis maiorum gefunden &c. ridiculum fere eſt, adſerree, & ea, quae meri intellectus & iudicii ſunt, imitari quemquam: interim fidem facit experientia, ita fieri, & abs retro annis iam factum eſſe. verum de moralitate praeiudiciorum forenſium non diſputamus in praeſentia. videatur, qui de iis ex profeſſo egit B. GRIBNERVS, (s) & poſt hunc IO. LAVR. HOLDERRIEDER in diſſ. ſua inaugurali (t). ad conſtitutionem & indolem eorum quod adtinet, ſpecies ſunt interpretationis cuiusdam ex doctrinali & vſuali, quae dicuntur, mixtae. fons il-

tranſitio.

praeiudiciorum fori cum vſanciis collatio.

definitio.

(s) *d. de obſeruantiis collegiorum iuridicorum.*

(t) *de principiis interpretationis legum adaequatis LIPS.* 1736. ſpeciatim. S. IV. §. III. IIII.

illorum communes opiniones contra communes. quae ſcilicet ſemel obtinuit in iudicio quodam, circa legem hanc, vel illam, DD. interpretatio; vel circa cauſſam, iudicis ſententia: mox ipſam rei iudicatae cum finitione induunt auctoritatem. tum caſu denuo emergente confeſtim in *imitationem* deducuntur; refragante licet iure atque iuſtitia. inde mox *praeiudicia fori* naſcuntur, quae plurimum vera ſunt praeiudicia. enim vero *res iudicata*, fateor, *partibus quidem veritatem facit*; (v) neutiquam vero tertio: *quum non debeat alteri per alterum*, NEC. IN. IVDICIO, *iniqua conditio inferri* (x). in ſpecie, ſi communis illa opinio, quam recepit forum, *ſenſui ac rationis legis* non conueniat: *quum quod contra rationem iuris receptum eſt, non ſit producendum ad conſequentia;* (y) ac *quod initio vitioſum eſt, tractu temporis non poſſit conualeſcere* (z). neque iudices ſecundum protocolla maiorum, & veteres ſententiarum chartulas: ſed ſecundum leges & conſcientiam propriam, iudicare iubentur. AT quis curabit CELSVM (aa), qui, *quod non ratione introductum, ſed errore primum, dein conſuetudine obtentum, in aliis ſimilibus non obtinere* docet, vt propriam iudicando prudentiam ſequatur? quum BARTOLVS, at quantus vir! *iudicem, qui ſingularem, quantumuis veram, ſequitur opinionem, neglecta communi, litem ſuam facere clamet, & criminis*, hem miſerum! *ſyndicatus condemnet* (bb). proh nouum & hactenus inauditum crimen! quod cum CICERONE (cc) rideamus. tantum interim hac ſua criminatione BARTOLVS iudicibus dudum incuſſit timorem, vt mira ſemper fuerit iis maiorum & anteceſſorum auctoritas; tantaque cauſſarum ab iis iudicatarum religio; vt, quod

epicriſis

(v) *L.* 207. *de R. I.*
(x) *L.* 74. *eod.*
(y) *L.* 141. *eod.*
(z) *L.* 29. *d. t.*
(aa) *in L.* 39. *ff. de LL.*
(bb) *ad L. f. C. de Poen.*
(cc) *in OR. pro* LIGARIO ſtatim ab initio.

quod vel vati non crederem, cum incredibile ſit dictu; exemplis tamen probauit GRIBNERVS(dd): non erubuerint fora, fateri ingenue, *ſe ſententiam ſuam, neutiquam in legibus*, quod tamen iuſſi, *ſed DD. opinionibus fundare*. en! ergo, praeiudiciorum fori fontem; auctoritatem, religionem. a praeiudiciis interim differunt, atque ſecernenda ſunt PRAEIVDICATA. vt enim praeiudicia ſententiae iudiciorum ſunt, ex opinionibus DD. communibus dudum receptae (p. def. in §. praeſ.); ita contra PRAEIVDICATA tantum *ſingularia exempla ſunt, legis in caſu quodam ſpeciali antea obuio, ita explicatae; cauſſaeque cuiusdam hac, vel illa ratione, pridem deciſae.* Man hat in terminis terminantibus eine Urtel, ein praeiudicat für ſich. der oder jener lex hat in cauſſa NN. contra NN. eine fauorable Erklärung gefunden, &c. inde concludunt: quod ſemel factum, quid obſtat, quo minus & in hoc caſu fiat. ita practici: ſed vellem, integra ſimul acta adferrent; ne minima forte circumſtantia, atque cauſſae diuerſitas, totam variet rem, cauſſam, deciſionem. vellem porro, vt ex executionis mandato docerent, omnem adlegata deciſione cauſſam diremtam; non tranſactam; non adpellatam; nulloque remedio ſuſpenſiuo mutatam; vel plane ſubuerſam eſſe. quid enim? ſi in ſecunda, vel ſuperiori inſtantia finitum: male pronunciatum, recteque adpellatum eſſe? quid ſi arbitrio res conponatur? &c.

a praeiudiciis fori ſecernenda ſimplicia praeiudicata.

praeiudicatorum finitio.

de his iudicium.

§. XIII.

VERVM haec, atque his ſimilia, penitius disquirere, non huius eſt, ſed alterius otii. ſufficiunt, quae dicta ſunt, ad inſtituendam praeiudiciorum & praeiudicatorum (§. XII.) cum iure vſuali conparationem. differunt autem vtraque ab hoc ſat multifariam. praeiudicia aeque, ac praeiudicata, ſupponunt legem quamdam interpretandam; & ad merita cauſſae cuiusdam adplicandam (§. XII). atque ſic ſpecies ſunt interpretationis, atque prudentiae iudiciariae. vſanciae contra ipſam legem imitantur (§. IV. & V.); & ad ius conſtituendum

differentiae praeiudiciorum & praeiudicatorum a iure vſuali.

(dd) *a. diſſ.* §. *XXII.*

dum pertinent (p. def. §. IV). illa circa cauſſas contentioſas, atque in iudicio vnice verſantur (§. XII.); hae actibus voluntariis originem debent (per def. §. IV.) atque per extraiudiciales actus imitando introducuntur (§. IV. V.). illa per opiniones DD. deciſiones collegiorum, ac iudicum facta (§. XII.): hae per ciuium opiniones, ac mores inducuntur, formanturque, (§. IV.). illa vaſtos illos codices definitionum, deciſionum, concluſionum, atque obſeruationum forenſium, quibus practicorum bibliothecae ſuperbire ſolent; ornant, vel onerant potius ac farciunt (p. exp.): hae lenta experientia, per localem trituram tam extra iudicialem, quam forenſem, agendo; cauendo; transigendo; vt arcana quaedam ciuitatis, pedetentim addiſci debent: vt plures differentias taceam, quas quisque ſubtilis rerum aeſtimator, proprio iudicio eruere poterit facillime.

§. XIV.

ſtili curiae cum vſancia collatio.

duplex ſtili curiae ſignificatio.

AD. STILVM. CVRIAE pergo, quem pariter inter foetus imitationis ciuilis; (§. III.) hinc inter vſanciae analoga (§. VI.) retulimus. vox autem STILI. CVRIAE duplici, practicorum vſu loquendi, adhiberi ſolet in ſignificatione. mox enim ſumitur: *pro doctrina forenſi recepta; ſeu modo pronunciandi de meritis cauſſarum conſuetudinario.* atque hoc in reſpectu, quaecumque modo (§. XIII.) de praeiudiciis fori ſtatuimus, ſtilo curiae quoque adplicanda erunt: cum his enim prorſus coincidit. SIC e. c. hic in MEGAPOLI penes dicaſterium prouinciale recepti moris eſt, fideiuſſorem, etiamſi beneficiis ſuis nominatim renunciauerit, tamen beneficio diuiſionis iuuare: neque vlla hic inter maſculum ac feminam differentia. venit mos ille communiter ſub nomine *beneficii ſtili curiae prouincialis*: (germ. des Hoffgerichts Gebrauchs.) neque ſolum per vniuerſalem praxin; (ee) ſed ipſis quoque ducatus huius legibus, iisque fundamentalibus, (ff) confirmatus legitur. idem & in POMERANIA fideiuſſoribus con-

altera.

(ee) vid. TORNOVIVS *de feudis mecklenburgicis P. I. S. IV. §. 10. p.* 586.

(ff) §. 26. *reuerſalium de* 1621.

Digitized by Google

conpetit beneficium; quod pariter ibi *beneficium ſtili curiae*, germ. des fürſtl. Hoffgerichts-oder Landesgebrauch, audit. elegans de hoc beneficio ſtili curiae, fideiuſſoribus in POMERANIA competente exſtat BALTHASARIANA diſſertatio: (gg) quae merito pro patrii quoque iuris commentariolo habenda eſt. ex profeſſo vero ante triennium ad allegatam reuerſalium de A. 1621. §. 26, ſub praeſidio ICti noſtratis conſummatiſſimi. I. P. SCHMIDII praeceptoris & fautoris mei aetatem colendiſſimi, egregie commentatus eſt DOM. D. HOLSTEN in diſſ. ſua inaugurali (ggg). caueant ergo his in terris creditores, ne fideiuſſoribus tutos ſe credant, ſi modo hi beneficiis ſuis ſecundum formulam STRYKIANAM (hh) renunciarint: ſed id agant ſedulo, vt huic quoque beneficio ſtili curiae, quod iis adhuc ſuccurrit, nuntius mittatur. vtplurimum vero ſtilus curiae denotat: *morem per* IMITATIONEM *introductum, qui ordinem atque modum procedendi in iudicio determinat*; ſicque ad ſolam formam proceſſus reſtringitur, quatenus is *per imitationem* hoc vel illo modo dirigitur: nullo ad meritorum cauſſae finitionem habito reſpectu (hhh). & hoc quidem ſenſu ſtilus curiae nihil aliud nobis inuoluere videtur, quam ordinationis proceſſualis, (der Proceßordnung) ſi qua exſtat, interpretationem, quae vulgo fingitur (ii), vſualem: vel nulla exſtante, ipſum proceſſus ordinem conſuetudinarium §.III.). atque iam ſtili curiae, vſanciaeque differentiae ſua cuique ſponte in oculos incurrunt. STILVS enim curiae vnice proceſſum ordinat,

cautela.

altera.

ſtili curiae ab vſancia differentiae.

(gg) hab. GRYPHISW. 1736. ſpeciat. vide *cap. II. §. I.*

(ggg) de praeſtatione ratae, v. von Erlegung ſeines Strangs, hab. hic ROSTOCHII 1741.

(hh) tr. *de cautelis contr. cap. VI.*

(hhh) vid. pluribus STRYKIVS d. *de ſtilo curiae*, & BALTHASAR *c. l. c.* 1. §. 9.

(ii) vſualem enim, quae vocatur, interpretationem, neque veram eſſe interpretationem, neque modernae rerumpp. indoli ſatis conuenire, egregie demonſtrat HOLDERRIEDER, *in d. cit. §. VI. ſqq.*

Digitized by Google

nat, determinans iuris dicundi methodum: (per def.) vſancia ipſum quoddam ius facit (§. IV. &V.). ſtilus curiae, ſecunda acceptus in ſignificatione (§. praes.), nullum ad merita cauſſae reſpectum habet (per dicta): ius ex vſu, vt infra S. II. videbimus, ad merita cauſſarum vtique pertinere poteſt aliquando. ſtilus curiae iudiciorum cancellis includitur; & circa contentioſa vnice ſeſe exſerit (per dicta): vſancia contra non item: ſed a voluntario quodam actu gignitur; atque extra iudicium, per crebram conſtantemque ciuium imitationem, formatur (per §. IV. & V.). plures operae non videtur pretium, huc adferre diſcrepantias: quum hae ſufficiant.

§. XV.

morum cum vſanciis collatio. DE MORIBVS (den Moden,) cum vſanciis conparandis (§. VI.) reſtat dicamus. horum quidem, fateor, perquam difficilis, primo intuitu, formatu videtur conceptus. aſt minus *morum definitio.* tamen inconcinne definiri nobis videntur MORES poſſe per: *regulas decori externi*, (in oppoſitionem ſcil. interni) *per* IMI- *et diuiſio.* TATIONEM *actuum voluntariorum*, *introducti.* neque abs re cenſemus, eos in *iudiciales*, & *extraiudiciales*, *ſ. communes*, diſtinguere. ad *iudiciales* refero cerimoniale iudiciorum, quod inprimis in cauſſis criminalibus inſigni inſtrui olim conſueuit adparatu; atque hodienum inſtruitur. pertinent huc formularia eines zu hegenden hochnotpeinlichen Halsgerichtes, penes VOLCKMANNVM (kk): et quas habet B. HEINECCIVS (ll), formulae, quibus olim cauſſae criminales in germaniae iudiciis expediri conſueuere. atque hos *iudiciales* ſi conſideras mores; ſtatim vides, illos partem *ſtili curiae*, pro ordine proceſſus vſuali ſumti (§. XIV.), conſtituere. de hoc autem, atque eius ab vſancia differentiis modo (§. cit.) diximus, quod ſatis videbatur. *extraiudiciales*, *ſeu communes*, decorum commune ordinant; ac pro obiecto habent cerimoniale ex-

(kk) in informatione notariorum *P. II. cap.* 17.

(ll) elementis iuris germ. *T. II. L. III. t. IX. de iudiciis criminalibus.*

externum vitae communis, quod per imitationem determinant. iam ergo horum conceptum cum definitione vſanciarum (§. IV.) conferas: & ſtatim quantum has inter atque illos intercedat diſcriminis, luce meridiana clarius adparebit. vſancias ſcilicet per regulas iuſti definiuimus: (§. cit.) quin ipſa vox: IVRIS *ex vſu iuris* quemdam reſpectum infert. mores vero per regulas *decori* modo (§ praes.) explicauimus. numquam enim, quae iuris ſunt, moris eſſe dici poſſunt; neque quemquam v. c. dicere memini: **Es wäre Mode, daß, wer etwas kaufft, es auch bezahlen müſſe**: potius, quae iuris ſunt, efferuntur per illud: **es iſt rechtens.** quemadmodum itaque iuſtum a decoro; ac iuſti regulae a regulis decori differunt; ita & vſancias a moribus differre, palam eſt. hanc vero iuſti & decori differentiam, in qua explicanda ſummi dudum philoſophi deſudarunt; plenius explicare, praeſentis non eſt inſtituti. nobis pro ſcopo (§. VI.) ſufficit, morum atque vſanciarum differentias tantum in folle monſtraſſe.

morum ab vſanciis diſcrimen.

§. XVI.

SVPERATA hactenus dictis, atque abſoluta eſt, quam ſupra (§. VI.) polliciti ſumus, iuris ex vſu, ſiue vſanciarum, cum analogis ſuis conparatio. neque dubitamus, hac opera diagnoſticos iuris ex vſu characteres iam viuide ſatis eſſe expreſſos. ID forte ſcrupulum mouebit nonnemini, qui factum, vti *obſeruantiarum* hactenus mentionem iniecerimus prorſus nullam? at vero ſtudio nihil de obſeruantia dictum ſcias. *obſeruantia* ſcilicet, ſi *ſtricto*, ac proprio ſuo adcipiatur in ſignificatu; *ius quoddam* denotat, non tam IMITATIONE, quam EXPRESSO. PACTO *olim conſtitutum, haud tamen in ſcripturam redactum; ſed per traditionem, atque ipſam praxin, ad poſteros transuolutum* (mm). quo in ſenſu ſi adcipiatur obſeruantiae vocabulum, vix eſt, vt eam cum vſancia conferamus; quum ſtatim adpareat, quot paraſangis a ſe inuicem diſtent (§. IV.). paullo *latiori* in ſignificatione obſeruantia denotat

conclusio.

de obſeruantia cur hactenus nihil dictum.

obſeruantiae conceptus ſtrictior

C 3 IVS

(mm) vid. ILL. BOEHMERI inſtit. iur. can. *t. de conſuetudine §. II, III. ſq.*

Digitized by Google

altior IVS *quoddam* vel EXPRESSO, vel TACITO. PACTO *conſtitutum olim, ſed non per ſcripturam, verum per traditionem, & vſum ad poſteritatem propagatum* (nn). aut ſi curatius adhuc eam conſideres, *obſeruantiam* dices: *teſtimonium hiſtoricum, de iure iam ante vel expreſſe, vel tacite conſtituto; ex praxi & traditione conſtans* (oo). hac ergo in acceptione obſeruantia *vel legem* EXPRESSE *conſtitutam*; *vel conſuetudinem* praeſupponit (pp). atque ſic iterum magno conatu nugas ageremus, ſi de inſtituenda obſeruantiae, hoc in ſenſu adceptae, cum vſancia conparatione ſolliciti eſſemus. QVAE enim quaeſo inter ea, quae lege, & ea, quae imitatione ciuium introducuntur, analogia §. VI.? de conſuetudine vero iam ſupra (§. VIII. IX. X & XI.) abunde declarauimus mentem; eius cum vſancia conuenientiam vel disconuenientiam ſolide, vt putamus, exponentes. id tamen hic lubet adiicere, vel ea propter conſuetudinis & obſeruantiae vocabula & ipſis iurium textibus (qq), & in praxi (rr) quoque, promiſcue tamquam ſynonyma venire; quod obſeruantia in ſenſu hoc latiori accepta, ſaepe & conſuetudinem teſtetur. *tertius* ſed *tertius* adhuc ſupereſt obſeruantiae ſignificatus, isque plane ab antea explicatis diuerſus, quo pro *praeſenti praxi legis cuiusdam*, vel *vſu recente* ſumitur; *denotans obſeruantiam iuris cuiusdam ſcripti, quod hoc ipſum in praxi vigeat* (ss). neque vero vel hoc reſpectu obſeruantia ſub conſiderationem noſtram quam §. VI. inſtituimus, cadere potuit. enimuero hoc ſenſu *obſeruantia*, vt egregie conprobat ILL. BOEHMERVS (tt) *vnice* oſtendit *praxin praeſentem* iuris *alicuius* CERTI, *vel* PA-

(nn) vid. EIVSD. d. *de obſeruantia eccleſiaſtica* §. *XIII. cap. I.* qua cum conf. §. *IV. cap. II.*
(oo) *ibid.* collata §. *X. ſqq.*
(pp) IDEM *c. l.* §. *XIIII. c.* I. & §. *XXIII. ibid. it.* §. *fin. c.* I.
(qq) *IDEM c. l.* §. *fin. c. I.*
(rr) vid. D. H. KEMMERICH in d. *de probatione conſuetudinis & obſeruantiae c.* I. §. *IV.*
(ss) ILL. BOEHM. *c. l.* §. *f. c. I.*
(tt) *l. c.* §. *XIV. c. II.*

Digitized by Google

PACTI, *de cuius exiſtentia non dubitatur, ſed tantum de eius ſenſu & mente : cuius* INTERPRETATIO VSVALIS (§. XIV.n.ii.) *eſt obſeruantia.* at vero, quae quaeſo vſanciae (§.IV.) eſt cum interpretatione iuris vel pacti dubii, quae dicitur vſualis, ſimilitudo (§. XIII.) ? quaeque analogia ? vt opus ſit, illarum differentias (§. VI.) curatius euoluere. atque haec tamen analogorum iuris ex vſu disquiſitio ratio fuit, quae nos tam amplam, qua hactenus inpediti fuimus, iuris ex vſu cum analogis ſuis commouit ad conparationem (§. cit.). certe aut *verus, propriusque* OBSERVANTIAE *conceptus*, (§. praes.) quem ILL. BOEHMERO (vv) debemus, retinendus eſt : atque tum quidem mutiana fuiſſet, vt demonſtraui, quaeſtio : an, & quomodo ab vſancia differat. aut promiſcuo vocabulorum vſui venia danda eſt : atque ſic profecto ! fruſtraneus eſt labor, quo hactenus deſudauimus. in id ſcilicet toti occupati fuimus, vt vſanciae, quem §. IV. ſuppeditauimus conceptum, ab omni ambiguitate, incertitudineque ; vocem ab inconſtanti, ac vago vſu liberemus. ecquis quaeſo, conſuetudinis, obſeruantiae, moris, ſtili curiae, ac vſanciae vocabula, & conceptus tota die in ſcriptis ac ore practicantium confundi ignorat populariter? at vero haec ipſa vocum conceptuumque confuſio fons eſt tot logomachiarum, captionum, contradictionum, ambiguitatum, legulegismorum, rabulismorum, inextricabiliumque difficultatum, quibus ſaepe numero ſe ipſos, aduerſarium, imo iudicem ipſum intricant cauſſidici. omnium contra ſaluberrima medela conceptuum cauta formatio; verborum aeſtimatio critica ; dictio conſtans ; vſus loquendi diſcretior : vt vno verbo dicam, logica in conceptibus ; grammatica in vocabulis. *collectio.*

§. XVII.

ATQVE hic finis eſto THEORETICAE *vſanciarum confide-* *peroratio.*

(vv) in diſſ. *de obſeruantia eccleſiaſtica.* (§.XIII.) nec non *T. I. iuris eccl. tit. de conſuetudine.* de obſeruantia quidem inperii conferſis KVLPISII & HERTII *diſſertationes elaboratiſſimas.*

ſiderationis. iam ſi, quae dicta ſunt, nobiſcum repetis memoria; *imitationem*, (cuius fontem, indolem, atque effectus, *praeprimis in vita ciuili*; (§.I.II.& III.)expoſuimus;) communem *vſanciae* cum analogis ſuis (§.VI.) *ſcaturiginem eſſe*, deduximus. quo facto, ſuppeditata confeſtim *vſanciae definitione*; (§. IV.) eaque tam per vberiorem *paraphraſin*, (§. eod.) quam *exemplum* (§. V.), ſatis explicata; id laborauimus ſedulo, vt ipſa haec vſancia ab *analogis ſuis*, quam viuidiſſime *diſcriminetur*. de quo inſtituto, poſtquam lectorem (§. VI.) praemonueramus, ſtatim (§. VII.) vſanciam cum *conſuetudine* contulimus. hanc per *tacitum principis conſenſum* multum ab illa *differre*, primum quidem *cum ſchola* nos adſerere (§. eod.) memini. mox autem aliam, monſtrante ILL. WESTPHALIO viam ingreſſi (§. VIII.) *examinata communi DD.* de conſuetudinis indole, ac requiſitis (§. IX. & X.) *ſententia*; *expreſſam* ſummi imperii auctoritatem ad *conſuetudinis* exiſtentiam (§. XI.) requiſiuimus: hinc ſtatim (§. eod.) concludentes, quae vulgo conſuetudines audiunt, ſi *expreſſi principis conſenſus* deſtituantur praeſidio, *ipſas ad vſanciarum pertinere gregem* illarumque *exempla eſſe*. poſt (§. XII.) praeiudiciorum *fori*, ac *praeiudicatorum*, cum vſanciis inſtituimus conparationem: *differentias* (§. XIII.) notauimus. tum (§. XIV.) de *ſtilo curiae* egimus; & hunc ab vſuali iure ſedulo *diſtinguentes* (§ eod.). tandem inſtituta (§. XV.) *morum* (der Moden:) cum vſanciis collatione, praemiſſis quibuſdam, quae circa illos notari merebantur; & hos ab vſanciis *ſegregauimus*. denique, ne prorſus quidquam omiſiſſe videremur, de *obſeruantiis* (§. XVI.) in folle quaedam dicta ſunt; ex quibus quisque vſanciarum ab his differentias proprio ſtatim colligere iudicio poterit.

epilogus. HACTENVS ergo theoretica de vſanciis: *iam ad practica progrediendum.* enimuero ſufficienter, quod putamus, ex hactenus deductis *de vera vſanciarum* ORIGINE. INDOLE *atque* CONPLEXV *conſtat*: quaeque hac ſectione praeſtructa ſunt theoretica principia, iam fundamento erunt concluſionibus practicis, SECT. II. quae ſequitur, formandis.

SE-

Digitized by Google

SECTIO II.

PRACTICAM. IVRIS. EX. VSV CONSIDERATIONEM SISTENS.

§. XVIII.

IAM itaque mens eſt (§.XVII.in f.) in praeſenti diſſertationis noſtrae inauguralis ſectione II. de pragmatica iuris ex vſu, circa definiendas ciuium cauſſas, in foris auctoritate diſſerere. quum autem omnium illorum, quae circa cauſſas partium, vti iura ciuilia in foris obtinent, vſus practicus, vel ex propriis ſibi legibus, & harum ratione: vel *plurium*, his deficientibus, *legum, proxime eo quadrantium, communi conſecutione harmoharmonica*, quam *analogiam iuris* vocamus, dependeat: oportet vtique, vt ante omnia diſpiciamus, numne iuris ex vſu vſus practicus, & auctoritas propriis ipſi legibus ſtabilita reperiatur; atque limitibus ſuis circumſcripta. neque vero haec inquiſitio vltra iurium, quae vocantur, *communium* & *ciuilium* capitula ſeſe extendet. de vſanciis enim *iuris publici* muſa mea non audet decernere: atque vt ſingulorum territoriorum *iura particularia*, vel ciuitatum *ſtatuta ſpecialiora* perquiramus ſollicite; id equidem nec libet, nec licet. namque nec amplam illam HENR. GISEBERTI bibliothecam poſſidemus: neque, quae ille, periculum harmonicum, IVSTINIANVM & deuteronomium harmonica; ſed diſſertationem ſcribimus. quibus praemonitis, opus haud videtur, vt pluribus moneamus lectorem, fruſtra eum in ſequentibus plagulis longas particularium iurium, vel ſtatutorum, quaerere allegationes. nil quoque vetat ex aduerſo, quominus, quae hic ſecundum communia iura dicentur, longe aliter hoc vel illo in territorio, hac vel illa in vrbe, deciſa ſint. quem enim fugit, iura communia, receptitiae tantum in *GERMANIA*, ac ſubſidiariae eſſe auctoritatis? cui per propri-

ingreſſus.

analogiae iuris ſinitio.

195

as, atque indigenas leges derogatur quam liberrime. atque haec in vniuerſum de reliquis quoque cauta ſunto: quippe quae pariter tantum ſecundum communia iura definiemus. interim tantisper, dum contrarium per ſpecialia iura non inſtitutum eſt; vſum ſuum practicum, ſpero, praeſtabunt, quae dicemus, ſatis inſignem.

§. XIX.

vſanciarum auctoritas; ſecundum ius romanum caeſareum.

EXORDIVM fiat a iure ROMANO, quod in oppoſitionem iuris papalis, CAESAREVM audit: *cui an aliquid, quantumque ius ex vſu debeat auctoritatis?* eſt, quam primo loco ventilamus quaeſtionem. fallor autem magnopere, aut quaecumque hoc iure circa conſuetudines conſtituta ſunt, aequaliter ad ius ex vſu pertinent: ſaltim haec duo iuris non ſcripti (§. VII.) genera a ſe inuicem non diſtinguuntur. neque hoc vnde factum, difficile eſt intellectu. enimuero in ſtatu *democratico*, quo diutius gauiſa reſp. romana (*); conſuetudines vtique factis ciuium, per tacitam quamdam conuentionem populi; introducuntur (§. IX.): neque praeter rationabilitatem, diuturnitatem, atque conſtantiam ſuam quidquam vlterioris deſiderant complementi. huius vero aetatis iure conſultorum de conſuetudine ſententias, cum ſtatu democratico quidem bene cohaerentes (§. IX. X.), poſt per errorem adoptauit ius romanum iuſtinianeum (§. IX. in f.). hinc, quum vſanciam pariter ciuium factis, ac continua quadam, conſtantique imitatione introduci (§. IV. V.); neque abs rationabilitate abhorrere debere, (§. VII.) ſubmonuimus: fieri haud potuit, quin hoc iure conſuetudo & vſus populi prorſus pro ſynonymis habita fuerint; eiusdemque naturae, indolis ac poteſtatis.

§. XX.

continuatio.

NEQVE opus videtur argumentis: quum noſtra adſertio ipſo horum vocabulorum *promiscuo*, tam penes veteres ICtos, & LLlatores; quam ipſos iuris romani conpilatores, *vſu* ſatis confirmetur. ſic enim CALLISTRATO *ius*, quo

(*) vid. tit. ff. *de O. I.*

quo CIVITAS retro VSA eſt, (id eſt ius ex vſu;) *ac conſuetudo* promiſcue veniunt (oo). ſic HERMOGENIANVS (pp) ea, *quae longa conſuetudine comprobata, ac per annos plurimos OBSERVATA*, (i. e. quae vſu inualuerunt;) vt ſynonyma iungit; aequaliſque cenſet auctoritatis. ſic INP. CONSTANTINVS (qq) *conſuetudinis, vſusque longaeui* vocabula, vti ſynonyma coniungit. ſic tandem ipſe IVSTINIANVS INP. (rr) *conſuetudinem*, quam ille vocat *ius ſine ſcripto* (ss); id dicit eſſe, quod VSVS adprobauit: ac ſtatim adiicit, *nam diuturni mores* (quae conſuetudinem faciunt (tt), *conſenſu VTENTIVM* (i. e. vſu) *comprobati* (ſ. introducti), *legem imitantur*. quibus ita comparatis, nil, arbitror, obſtat, quominus iuris ex vſu poteſtatem, ſecundum conſuetudinis valorem ex aſſe aeſtimare liceat iure romano. HOC ergo iure *iuris ex vſu EFFECTVS* non minores ſunt, quam ipſius *legis* (vv): ius ex vſu optimus eſt legum *interpres* (xx): quod maius eſt, ipſam legem *abrogandi*, ſi ei contrarium, poteſtatem habet (yy). porro pro *iure* & *lege* in his, quae *non ex ſcripto* descendunt, obſeruari debet (zz). quin iudices *ſecundum illud ius dicere* obligantur (aaa). & quae ſunt reliquae, quas conſuetudini tribuit ius romanum, praerogatiuae.

effectus enumerantur.

§. XXI.

EADEM. HAEC *coincidens* cum *conſuetudinis* poteſtate auctoritas (§. XX), pariter ex iure romano *PONTIFICIO* vſan-

vſanciae auctoritas ſe-

(oo) L. 37. de LL.
(pp) in L. 35. eod.
(qq) *L. 2. C. quae ſit l. C.*
(rr) §. 12. *I. de I. N. G & C.*
(ss) conf. *THEOPHILI* paraphraſis *ad h. §.*
(tt) per *L. 32. de LL.*
(vv) *L. cit. 32. de LL.*
(xx) *L. 36. eod.*
(yy) *L. all. 32. in f.*
(zz) *L. 33. eod.*
(aaa) *L. 1. C. q. ſ. L. C.*

196 Digitized by Google

eundum ius rom. pontificium demonſtratur.

ſanciis videtur vindicanda. de iure *pontificio*, ſeu *papali* loquor, quod *decretalium* libri conplectuntur. ius enim *canonicum* ſtricte ſic dictum, quod nobis in decreto ſiſtitur; quodque *ecclesiaſticum* potius diceres; hac in re conſuleremus fruſtra. id ſcilicet, vt notiſſimum eſt, circa *mere eccleſiaſtica* verſatur; eaque determinat unice: de *iuſto externo ciuili*, quorſum (per def. §. IV.) vſanciae pertinent; nihil, vel parum conſtituit. *decretales* contra *pontificum*, qui abs ſeculo XII. legislatoriam ſuam vim quaquauerſum extenderunt, non eccleſiaſtica ſolum, ſed & *ſecularia*; eaque tam *publica*, quam *priuata*: tam *allodialia*, quam *feodalia*: tam *ciuilia*, quam *criminalia*: tam *iudicialia*, quam *extraiudicialia*; decidentes, ordinantes, moderantes: vix quidpiam eſt, quod indeciſum reliquerunt. hae ergo conſulendae; atque ex his, vt dixi, eadem iuri ex vſu, quam (§. ant.) ipſi ex iure caeſario adiudicauimus, adſcribenda videtur vis atque poteſtas. SED ab ouulis hic cauſſa ordienda, qui felicius deinde ex principiis primis rationes necti poſſint: ad quae vt poſt eo diſtinctior in formandis concluſionibus ſit prouocatio; rationes ſententiae noſtrae per numeros ſuppeditare placet.

I. ... vera. & primaeindola eccleſiae:

n. I. ECCLESIA, quemadmodum genuina ſua in indole concipi debet; tamquam *ſocietas* quaedam *aequalis* in republica (bbb): ita & prima ſua aetate, quam innocentem eius infantiam dixeris, eiusmodi fuit omnino (*). atqui vero ad *conſuetudinem ſocietatis* introducendam, praeter facta membrorum, communem eorum, ac conſtantem imitationem, nil ma-

(bbb) primus omnium inter noſtrates hoc egregie demonſtratum dedit ill. S. A. PVFENDORF in aureo: *de habitu religionis ad vitam ciuilem*, libello; §. 30. *ſqq.* cuius veſtigia magnifice preſſit ill. *BOEHMERVS in I. ſuo eccl.*

(*) *BOEHMERVS* inſt. I. CAN. *lib.* 1. *t.* 1. §. *XIV.* & diſſ. *de obſeru. eccl.* §. *V. ſq. c. I. PERTCH*, elem. *I. C. lib. I. t. III.* §. *XLVIII. n.* 4. ibique allegati.

magis requiritur (ccc). nil ergo eſt dubii, quin eccleſia, vt *ſocietas* aequalis, per facta membrorum, tacitum ſuum ſuffragium, ac tacitam quamdam conuentionem, ſuo ſibi iure conſuetudines formare potuerit; ipſaque re formarit. nulla contra *de tacito*, nedum *expreſſo*, ſummi inperii conſenſu ſollicitudo. hic enim nec opus videbatur: neque primis eccleſiae preſſae temporibus facile ſperandus erat. EQVIDEM lubens concedo, eiusmodi *ſocietatis aequalis*, qualem *eccleſiam* ſibi concipere oportet, conſuetudinem *legis* haud habere *in ſe* vigorem: ſed ſaluam vtique membris diſſentientibus relinquere *libertatem* ſuam (ddd). verum, mox alio quodam obligationis vinculo conſtricta fuit libertas illorum, quibus volupe erat, a communi vſu eccleſiae ſuae diſcedere. tantam ſcilicet, teſte hiſtoria eccleſiaſtica; veteres eccleſiarum *mores* & *conſuetudines*, & quae per *obſeruantiam* introducta erant inſtituta, illico obtinuere auctoritatem; vt mox pia quadam ſuperſtitione, vel fraude etiam interdum, ad apoſtolorum referrentur diſciplinas, quaſi qui primi ita agere iuſſiſſent (eee). hinc ſtatim moribus maiorum legalis quaedam auctoritas obuenit. ecquis enim quaeſo, chriſtianus apoſtolorum iuſſionibus, *legum* inſtar non obtemperaret? quae ergo vel per *commune* aliquod *placitum* olim cauta; vel *contingentibus rationibus* (fff), vel ipſa tantum *imitatione* primum inualuerant; vbi originum vix exſtabat memoria, i. e. poſtquam per aeuum durauerant; mox pro inſtitutis diuorum apoſtolorum haberi, ac *legum*, *plusquam humanarum*, vi valere ince-

dubium.

reſponſio.

D 3

(ccc) *THOMASIVS* d. de iure conſuet. & obſeru. §. XXX. *ſqq.* & ill. *BOEHM. c d. C. I.* §. *X. ſqq.*

(ddd) *IDEM.* c. l. §. XXXVII. *ſqq.* & *BOEHMER. c. d. C. I.* §. *XII.*

(eee) ill. *BOEHMERVS* d. *de obſeru. eccleſ.* §. *XIV. - XX.* it. *Tom. I. I. ECCL. t. de conſuetudine.*

(fff) conf. *EVMDEM* d. *cit.* §. XXIV. XXV. vbi contingentes obſeruantiarum fontes demonſtrat. it. inſt. I. C. *tit. de conſuetudine* §. VI. vbi alios digito enumerat.

& decreto. inceperunt. *maxima propterea morum eccleſiae veterum, traditionum atque obſeruantiarum eccleſiaſticarum in DECRETO auctoritas: nulla expreſſi, vel taciti principis in rep. conſenſus cura.* haec ex *decreto;* iam ad *decretales* veniamus.

II. ex decretalibus. n. II. DECRETALIBVS, quod ſupra monui (pr. §. praeſ.) nil praeſules romani fecere reliqui, ad potentatum ſibi tam in eccleſiaſticis, quam ſecularibus pleniſſime arrogandum: ita, vt manus ſuas vniuerſae iuris ciuilis intulerint prudentiae; nihilque rerum humanarum a ſuae poteſtatis inperio exemtum iudicarint. inde factum, vt corpus decretalium *vltra duas tertias* nude ciuilia, quae *ſecularia* vocamus, contineat: vixque *tertiam* eius *partem* rebus ad eccleſiam, eiusque ordinem pertinentibus, inpenderit curia romana. ac ſingulari quidem hac in re, et plane aſtuta vſi ſunt pontifices romani legislatoria prudentia inquam? an tyrannide, enimuero, vt omnibus ciuilis prudentiae capitibus *ſufficerent*, neque decernendo *rationibus* & *religione* deſtituerentur: quin potius decretales ſuas ſingularis cuiusdam *pietatis* ſpecie commendarent omnibus: ipſas decretalium ſuarum *ſententias* plurimum ex *iure romano ciuili*, in quantum hoc illorum tyrannidi non obſtare videbatur: *pietatis* fucum ex *decreto* mutuati ſunt. quod conſilium, etſi non valuit omnino; quin propter hoc ipſum ius papale caeſarei iuris merito vocetur ſimia; quippe quae hominum actiones imitatur quidem, raro exprimit: magnopere tamen & ſupprimendae huius auctoritati, & promouendae illius vniuerſalitati conduxit. quum ergo ius decretalium amplum quoque de *conſuetudine* ſiſtat titulum: procul dubio & hac in materia hanc methodum legum ſcribendarum, quam ſemel elegerat curia romana, retinuit.

per argumenta. n. III. EX hiſce rerum argumentis iam euidenter ſatis, putamus, veritas adſerti noſtri: *quod iure PONTIFICIO aequalis vſanciis conſuetudinum poteſtati auctoritas adſcripta ſit: illaeque harum SYNONYMA cenſeantur*; a priori, quod aiunt, concipitur. enimuero, quum iure rom. *ciuili* nullum vſanciam inter

inter & conſuetudinem intercedat diſcrimen. potius hae eiusdem indolis & poteſtatis (§. XIX.): quin prorſus ſynonyma (§. XX.) exiſtimentur. atque conſuetudines eccleſiaſticae veteri iure eccleſiaſtico, quod in *decreto* continetur, ex vera & antiqua indole eccleſiae, eodem modo, quo iure ciuili ciuiles, introducantur (n. I. §. praeſ.): & quamuis hoc iure ad cauſſas *ciuiles* ſe nondum extendant (pr. §.); tamen eodem nec inpediri potuerit, quominus vſanciarum *requiſita interna*, ad auctoritatem ipſarum facientia, prorſus cum *requiſitis conſuetudinum*, eccleſiaſticarum quoque (§. XIX. & §. praeſ. n. I.), *coincidant*: licet vſanciae ad iuſtum externum pertineant, & circa ſecularia verſentur (§. IIII.). his ita poſitis, merito ex indole legislatoriae pontificum aſtutiae, qua vſi fuere in decretalibus ſcribendis, (n. II.) declaratae, ac hiſtorica fide probatae, coniicitur: hoc *decretalium* iure conſuetudinis & vſus, ſeu vſanciae, vocabula, ex iure ciuili pro *ſynonymis* adoptata (§. XX.): quaeque iure ciuili circa conſuetudinem obtinent, quatenus ea rationi ſtatus non fuere contraria, non ſolum recepta: verum & vſanciis aeque, vt iure ciuili (§. XX.), per ipſam rei naturam tributa; cumque his communicata eſſe. atque id eo magis, quod vetus *obſeruantiarum* eccleſiae religio pontificibus admodum ſuccurrebat, vt ſuas circa conſuetudines eccleſiarum decretales omnibus ſub ſpecie ſingularis *pietatis* & *ſanctitatis* (n. I.) commendare, vel potius obtrudere poſſent (ffff). quae ergo alia inde conſequentia? quam haec: *iure PONTIFICIO, aeque vt iure ciuili CAESAREO* (§. XX.), *vſancias atque conſuetudines, & VOCE, & RE ſibi inuicem SVBSTITVI; hinc & SYNONYMA eſſe, & prorſus inter ſe conuenire*: quod erat conprobandum.

§. XXII.

IAM. SI de veritate horum aſſertorum ipſis decreti ac *& textibus* de-

(ffff) cuius conſilii exempla ſat multa ſuppeditauit ill. *BOEHMERVS*, in a. d. *de obſeru. eccleſiaſtica HALAE* 1707. habita.

Digitized by Google

decretalium *textibus* plenius conuinci cupis: nec his ſententias noſtras vllibi deſtitutas deprehendes. quod enim ad *num. I.* adtinet, conſulas modo *D. I.* eiusque *c.* 5. cum eo, quod

I. ex decreto. praecedit, 4. (notata inprimis §. 3. *c.* 5.) conferas: & de requiſitis conſuetudinum eccleſiae idem nobiscum ſenties. nihil his ad conſuetudinem, praeter vſum eccleſiae diuturnum, requiritur: quin ipſe, ſi DIIS placet, ſummus in eccleſia imperans, praeſul romanus, conſenſus ſui requiſitionem in *c.* 9. *D.* 12. liberaliter remiſiſſe videtur. quae vero de auctoritate veterum in eccleſia conſuetudinum, & obſeruantiarum diximus, egregie per *c.* 4 & 5. *ibid.* confirmantur. tanta eſt ſane in DECRETO conſuetudinem ac morum auctoritatas, vt quod IVSTINIANVS (ggg) de iure non ſcripto decernit, iisdem verbis in *c.* 6. *D.* 12. repetitum legatur: ſcilicet; *diuturnos mores, conſenſu VTENTIVM adprobatos, LEGEM imitari.*

II. ex decretalibus. QVAE porro *num. II* de potentatu papali, ac ſingulari, eumdem legibus ſcribendis ſibi vindicandi, curiae romanae ſtudio, dicta ſunt; inter omnes, hiſtoria eccleſiaſtica ſatis tinctos, iam conſtant: neque euidentius, quam per ipſum *integrum decretalium corpus* conprobantur. quot enim decretales, tot fere ciuilis poteſtatis vſurpationes. quam vero auide praeſules romani falces ſuas iuris ciuilis immiſerint campo, atque inde ſibi meſſem facientes furtiuam, callide tamen ſemper & aequitatis, & prudentiae, & pietatis ſpeciem in fronte praeferre ſciuerint; vt plura taceam, quae penes BOEHMERVM in a. d. larga meſſe inuenire poteris: vel hoc exemplo ſit, quod in decretalibus ſuis non ſolum notiſſimas iuris ciuilis ſententias publice adoptarint: ſed teſte B. STRYKIO (hhh), perſaepe decretales reperiantur, quae ſolum pontificis nomen prae ſe ferunt; reuera autem iuris ciuilis ſunt: a pontificibus eo vnice conſilio adiectae, ne quidquam ſuo iuri deeſſe paterenter: quas nihilo tamen minus

(ggg) §. 9. I. *de I. N. G. & C.*
(hhh) praecognitis iuris *cap. VIII.* §. *XXI.*

minus ſaepius vt veteres eccleſiae canones, atque obſeruantias apoſtolicas crepant, vel ſimulant tamen confirmare. ITA autem actu ſe geſſiſſe in materia conſuetudinum pontifices, quemadmodum *num. III.* ex generali regula illorum nomotheſiae ſubſumendo collegimus: id quidem ex *tit. X de conſuetudine* omnibus patet. hoc enim titulo, quantum mihi perſcrutanti quidem licuit inuenire; nihil circa requiſita generalia conſuetudinis noui conſtituitur. hinc, quae decreto, & iure romano, tum in ITALIA vigente, circa *conſuetudinis* indolem, & conſtitutionem ſtabilita iam erant, tacite retenta, ac confirmata eſſe cenſenda ſunt. dixi autem ea retenta, quatenus *rationi ſtatus*, atque *hierarchiae papali*, inde non officiebatur. ita enim contra in *c.* 3. 4. 5. 7. *&* 9. 10. *h. t.* eiusmodi conſuetudines grauiter damnantur, quae hierarchiae eccleſiaſticae praeiudicium inferre poſſe videbantur. quae porro de *pietatis* & *ſanctitatis* ſpecie, ac veterum obſeruantiarum religione diximus; probationes ſuas vel ex *c.* 3. v. *quae CANONICIS OBVIAT inſtitutis*, 4. 5. v. *diſrumperetur neruus ECCL. DISCIPLINAE &c.* it. *c.* 6. v. *approbatis CONSVETVDINIBVS. ECCLESIAE ſaluis &c.* 7. v *quae profecto SACRIS. EST. CANONIBVS inimica*: & integris *c. c.* 10. *&* 11. accipiunt. quis enim neſcit, veteres eccleſiae obſeruantias haud raro ſub nomine canonum, & legis eccleſiaſticae venire (iii)? vſum vero, mores, & conſuetudines tam in decreto, quam decretalibus, promiſcue venire vt ſynonyma, lectio vnumquemque docebit. quidquid ſit, quod dubium hac in re videri poſſit; certum eſt, hoc iure legiſlatoris conſenſum ad introducendam conſuetudinem non requiri (kkk): hinc *vſancias*, qua requiſita ſua, cum conſuetudine conuenire prorſus (§. XI). conſuetudinem vero eosdem hoc iure habere, quos ciuili romano, effectus (lll): hinc aequales quoque vſanciam: q. e. c.

Specialius tit. X. de conſuet.

(iii) ILL. BOEHMERVS *in nott. ad* CORV. *I. CAN. lib. I. t.* 1. *n. o.* & d. *all. c.* 1. §. X. & *c. II.* §. *II.*

(kkk) ill. *BOEHMERVS d. l. n.* (nn.)

(lll) IDEM *inſtitt. I. CAN. tit. de conſuet.* §. *VII.* & cel. PERTSCH. *elem. i. can. lib.* 1. *t.* 4. §. 116.

Digitized by Google

§. XXIII.

vſus practicus hodie negatur.

STVDIO has noſtras de vſanciarum ex iure tam *ciuili*, quam *canonico*, auctoritate concluſiones latius quodammodo, quam per limites diſſertationis licere videbatur, deduximus: quod nobis iam prorſus in aduerſa eundum erat. quod ſi enim nunc quaeris, an ergo vſanciis tantam in foris, atque praxi iuridica concedamus vim, quantam eis ex iure ciuili,& canonico vindicauimus (§.XIX-XXII.)? prorſus hanc quaeſtionem negamus. quae enim ex iure ciuili de effectibus vſanciae ſtabilita ſunt (§. XX.); vnice in eo fundantur, quod hoc iure ad introducendam conſuetudinem ſummae poteſtatis conſenſus *non* requiritur (§ XIX.). verum hanc iuris ciuilis romani doctrinam nullo modo ad ciuitatum germaniae ſtatum quadrare: rectius ad vnam legalem quamque conſuetudinem, *expreſſum hodie* ſummae in ciuitate poteſtatis *conſenſum* requiri; a (§. VIII. vsque ad §. XII.), late euicimus. quod autem ad ius *canonicum* adtinet; quamuis libenter concedam, eccleſias *olim* tacito quodam ſuffragio conſuetudines ſibi facere potuiſſe: quum haec facultas ex vera eius indole ſponte fluat (§ XXI. n. 1.), attamen, quum hodie eccleſiae, quod ad cultum externum, & iura externa, ciuili ſubſint inperio, tamquam alia ciuitatis collegia, & ſocietates publicae (mmm): *conſuetudines* vero ad *externa* pertinere debeant; quum interna per ſcripturam ſacram, & ſacramenta, non per conſuetudines, ordinentur: palam eſt, eadem ex ratione ſummae in republ. poteſtatis ratihabitionem ad conſuetudines eccleſiaſticas *hodie* quoque requiri; ſi legales, ſi obligatoriae eſſe debeant. corruente itaque eorum,quae (§.XXI. & XXII.) ſententiis num. 1. propoſitis ſuperſtruximus, fundamento: quae iure canonico & pontificio conſuetudinibus tribuuntur, neque ipſa hodie valere;

de conſuetudinibus eccleſiaſticis ſecundum hodiernum eccl. ſtatum iudicandum eſſe docetur.

(mmm) vid. S. A. PVFENDORF l. c. §. 45. 46. 47. 48 & 49. it. ill. BOEHMERVS inſtitt. i. can. *lib.* 1. *t.* 1. §. *X. ſqq.* & plures, qui de iure principis circa ſacra ſcripſerunt; quos longum foret, hic enumerare omnia.

Digitized by Google

lere; neque vſanciis praeſidio eſſe poſſunt vlli. quae quum ita ſint, tota cauſſa in eum ſtatum, quo in eam (§. XI. in f.) reliquimus, iterum reſoluitur.

§. XXIV.

connexio.

ATQVE. SIC, quum iurium *communium* (§. *XVIII.*) praeſidia, quibus vſanciarum auctoritatem magnifice ſtabilire poſſes (§. XX. XXII.); omni in foris germaniae adplicatione deſtituantur (§. XXIII.); vt idem ſit, ac ſi prorſus deficerent: vſanciarum poteſtas ciuilis vnice ſecundum ANALOGIAM iuris (§. XVIII.) determinanda iam erit. vt enim adhuc ius FEODALE *longobardicum*, quod tertium eſt in numero iurium *communium* (per prima principia); conſulamus; haud opus eſt: quin abſonum foret. quamuis enim non neſciam, hoc iure pariter, quem ad modum de iure ciuili, & canonico (§. XIX. - XXII.) id euicimus; vſum & conſuetudinem pro ſynonymis haberi, ac conſuetudinibus ſummam legum vim tribui; quod vtrumque vel ex vnico *t* 2. *F.* 1. luce meridiana clarius probare poſſem: ſcio tamen etiam, compilatorem iuris feudalis *italum* (p. hiſt. I. F.), quaecumque ad ciuilem prudentiam in genere ſpectabant, ex iure romano ciuili & canonico, iam tum in ITALIA ſplendentibus, praeſuppoſuiſſe. haud ergo fieri potuit, quin horum de conſuetudinibus ſententias quoque adoptaret; quum vniuerſa fere ipſius collectio *conſuetudinibus* abſoluatur. ſed ſatis has in antecentibus §§. penſitauimus; vt rem actam agerem, ſi de conſuetudinum & vſanciarum poteſtate iterum ex iure feodali diſputarem: quum idem tamen & hic tandem pronunciandum foret, quod (§. ant.) definiuimus. vnice ergo, quod dixi, ex ANALOGIA *iuris communis* (§. XIX.) vis atque poteſtas *vſanciarum* aeſtimanda erit.

de iure feodali communi in tranſitu.

§. XXV.

vſancia actionem non tribuit.

VSANCIAE *iuris externi* ſpecies ſunt (§. IV.): hinc illas IVS ex vſu vocamus. quum autem ius tuum nullum ſit, ſaltim *imperfectum*, quod niſi conſequi illud in iudicio poſſis; h. e. actione quadam illud experiri: vel eo te aduerſus alte-

209

rius intentionem, & actionem defendere; h. e. eo, vt exceptione vti: ante omnia videndum eſt, an ius ex vſu, ſ. vſancia, actionem, vel exceptionem in iudicio tribuat. *primum, an tribuat* ACTIONEM? *quaeramus.* ACTIO eſt *remedium iuris, perſequendi in iudicio illud, quod ſibi debetur* (*), *& quidem* PERFECTE. inde ſtatim fluit, ex *legibus* tantum actiones naſci; & absque harum adiumento in foro externo deficere auxilium iudicis. lex enim demum *vim externam cogendi* ſuppeditat, quae exercetur per actiones: ſunt verba BOEHMERI (ooo). fons autem *legum* PRINCIPIS *voluntas* eſt, vel verbis, vel factis declarata. hinc *deficiente* voluntate principis, eiusque vel expreſſa, vel tacita (**) declaratione, *deficit actio.* at vero vſancia ius eſt, per imitationem *ciuium* introductum (§. IV.); orientem ab actu quodam *voluntario* (§. IV. & V). in vſanciis ergo deficit *lex* & voluntas principis *expreſſa.* deficit & *tacita.* enim vero *tacita voluntas* concluditur ex factis eius, cui voluntas tribuitur (ppp.): vſanciae autem non per facta *principis*, ſed per facta, & imitationem *ciuium* introducuntur (p. def.). hinc nulla ratio colligendi *tacitam* principis voluntatem. neque *ratihabitionem* principis, quae pariter ſpecies conſenſus & voluntatis eſt, (***), *tacitam* tibi ex diuturnitate & conſtantia imitationis concipere licet. etenim, vt denuo verbis ill. WESTPHALII (rrr) vtar, *quis eſt, qui putet Principes inſtructos eſſe* SCIENTIA *actionum & morum* PLEBIS. CIVIVMQ.? IGNORAT, *certe* NON. CVRAT *Princeps actiones, quisquilias, & facta priuatorum, dum vero* NESCIT, *quomodo quaeſo,*

actionis definitio.

theſeos demonſtratio.

(*) definiente ill. BOEHMERO tr. de actionibus *S. I. c. II.* §. *V.* conf. §. 1. *c. C.* & *pr. I. de A.*

(ooo) c. l. §. 6.

(**) conf. *L.* 32. *de LL.*

(ppp) vid. LAVTENSACK d. *de accurato diſcrimine inter conſenſum expreſſum, tacitum & praeſumtum* §. *VII.*

(***) conf. SCHVCKMANNI d. *de triplici in iure conſenſu, iuſſu, autoritate, & ratihabitione a* §. *XX.*

(rrr) ſupra §. *X.* exſcriptis.

quaeſo, dici poterit, quod conſtet de ipſius PATIENTIA? *quod conſtet*, addam, *de ipſius* RATIFICATIONE? ergo vſancia non tribuit actionem. Q. E. D.

§. XXVI.

NEQVE EXCEPTIONEM (§. XXV.) operatur ius ex vſu. enimuero vox: EXCEPTIO vel LATE & generaliter ſumitur *pro quauis iudiciali defenſione, tam a* REO, *quam ab* ACTORE *in iudicio adlegata, ac propoſita* (sss); quo ſenſu & *replicationes, duplicationes, triplicationes, quadruplicationes*, & vltra, exceptiones dicuntur (ttt): vel STRICTE *pro ea defenſione, qua* REVS *vti ſolet contra inſtitutam actionem* (vvv). atque haec quidem *ſtrictior* vocis exceptionis ſignificatio huius eſt loci. HINC nobis EXCEPTIO eſt: IVS, REO *competens, ad excludendam* ACTORIS *intentionem* (xxx). IVS autem nobis eſt hac in definitione: *facultas quaedam iure competens*; quae, qualis ſit, vberius demonſtrauit HAHNIVS (yyy). hinc *lex* in ſtatu *ciuili* fons eſt, & principium omnis exceptionis (zzz): quam ob rem & *iuris ciuilis* eſſe dicuntur (aaaa). quibus praemonitis, iam de exceptione *vſanciae* videamus ſpecialius. quum ergo reus, actoris intentionem negans, vel in *facto* quodam, vel in *iure* ſibi competente, fundare debeat contradictionem ſuam, quo minus cauſſa cadat: patet omnem exceptionem vel *iuris*, vel *facti* eſſe (bbbb) oportere. ponamus itaque *ius* ex

neque exceptionem.

exceptionis definitio.

demonſtratio.

(sss) v. D. HENR. HAHNII *tr. de exceptionibus*; Q. S. F. RIVINI *ſpecimini exceptt. forenſium* adiectus, §. *XI.*

(ttt) IDEM *ibid.* RIVINVS *in praef.* c. tr. & ZANGERVS tr. de exceptionibus *P. I. C. III. N. I.*

(vvv) HAHN. *l. c. ibid.*

(xxx) ID. §. *XIII. inf.* arg. *L. 2. pr. & §. 2. ff. t. de exceptionibus.*

(yvy) c. l. §. *XIV. XV ſqq.*

(zzz ID. c. l. §. *XVI.*

(aaaa) *L. f. C. de exceptt.*

(bbbb) quae enim HAHNIVS ad WESENBECIVM tit. *de exceptt. n.* 2. ad hanc exceptionum diuiſionem adnotauit: eam ſcilicet eſſe aequiuoci, in ſua aequiuocata; nos non feriunt.

ex vſu exceptionem operari: & haec *exceptio vſanciae* quaedam *exceptio* IVRIS *foret*; quum vſancia ad regulas *iuſti* externi (p. def. §. IV.) pertineat. at vero exceptiones iuris, vt conclamatum eſt, omnes *ex aequitate* dantur (cccc): & quidem praeterea, quod lex illarum fons eſſe debeat, & principium (per ſuperiora); ex aequitate quadam *lege agnita* & *confirmata*. quae enim aequitas legis deſtituitur fundamento, merito *cerebrina* in foris habetur. vſanciae ergo, ſi qua danda exceptio; *lege* ſuffulta ſit, neceſſe eſt. at enim vero vſanciis *lex*, & *principis auctoritas* neutiquam ſuccurrit (per def. & §. XXV. deducta). ergo *nulla vſanciae* EXCEPTIO; q. e. c.

§. XXVII.

exemplum practicum, ex iure domeſtico:

IAM. QVAE modo his poſterioribus §§. ſtabilita ſunt, exemplo quodam practico, eoque domeſtico, placet illuſtrare. conſtat inter omnes, qui ius patrium norunt, quod *vſus practicus iuris* LVBECENSIS *hic* ROSTOCHII *ex priuilegiis receptionis*, FVNDATVS *ſit*, & TVTVS. VNIVERSIM *in cauſſis* CIVIVM *vrbicorum omnibus*, *quae* PACTIS. FVNDAMENTALIBVS, & LEGIBVS. TERRITORIALIBVS. *PRINCIPIS*, STATVTIS & ORDINATIONIBVS *domeſticis municipalibus*, *aeque ac localibus* CONSVETVDINIBVS, *iisque* CONFIRMATIS & AGNITIS (§. XL), ALITER *non ſunt* DECISA, *vel* ABROGATA (dddd). atque vero ea, quae iure LVBECENSI circa concurrentem liberorum & coniugis, ab inteſtato, ſucceſſionem ſtatuta ſunt; quantum mihi quidem explorare licuit, nulla contraria lege prouinciali, vel ſtatutaria; neque conſuetudine quadam contraria, recepta quidem ac confirmata (§. XI.); hic ROSTOCHII aliter deciſa, vel abrogata ſunt. ergo eorum, quae circa concurrentem coniugis ac liberorum, ab inteſtato, ſucceſſionem ius LVBECENSE conſtituit,

(cccc) conf. HAHN. c. l. § *XXV.* & *XXXI. ſqq.*

(dddd) vid. ILL. DOM. A. WESTPHALEN diſſ. erudititiſſimam *de indole practica IVR. LVB. in ciuitatibus mecklenb.* ſpeciatim §. *XIII.* & *conſectaria.*

tuit, & hic ROSTOCHII certum atque fundatum oportet eſſe vſum practicum. at vero, ſi ius lubecenſe hac in cauſſa conſulas; videbis illud ſecundum communionis bonorum principium, atque per caſus (*), rem egregie prorſus expedire (eeee). communionem ſcilicet bonorum tam inter coniuges, quam parentes & liberos eſſe, pro principio eſt (ffff). atque haec communio, vt in aliis ſocietatibus gggg), morte ſoluitur alterius coniugis, ſeu ſocii (per ſup.). decedente igitur alterutro coniuge, ſuperſtes coniux aut cum liberis defuncti coniugis, aut, his deficientibus, cum eius neceſſariis concurrit. quodſi cum neceſſariis defuncti coniugis concurrit ſuperſtes coniux, ſua praecipit, ob ſolutam communionem; atque dimidium bonorum defuncti coniugis praeterea, vt *lucrum quoddam ſtatutarium*, adipiſcitur (hhhh). ſi vero cum liberis; hi aut germani ſunt, aut priuigni: aut ex his mixti. primum ſi ponis, atque ſuperſtitem coniugem ſimul, vt parentem, cum liberis concurrere: hi in locum defuncti coniugis ſuccedunt, atque tantiſper continuant cum parente ſuperſtite communionem, dum hic ad ſecunda vota tranſire conſtituit (iiii). quo conſilio capto, opus eſt, *ob imminentem nouam bonorum parentis, cum noui ſocii bonis, communionem;* vt prior haec, hactenus continuata cum liberis *communio*, legitime ſoluatur; ſuumque vtrique parti prius tribuatur, quam noua ſocietas ſuperueniat (kkkk). eſt autem in arbitrio

(*) *lib. II. t. II. art. XXVIII.* vbi ſedes eſt materiae.

(eeee) conf. conſultiſſ. DOM. D. I. F. TADDELII iam ſenatoris vrbis patriae meritiſſimi, diſſ. inaug. *de abdicatione liberorum*; a. 1733. ſub praeſ. B. CARMONII habitam, ſpeciatim *ſ. IV.* §. *II. & III. ſqq.*

(ffff) ID *c. l.* & MEVIVS ad I. L. *P. I. t.* 5. *art.* 5. *it. P. II. t.* 2. *a* 2. & 3. & *aliis in locis quamplurimis.*

(gggg) *L.* 63. §. 10. & *L.* 52 §. 9. *pro ſocio.*

(hhhh) IVS. LVB. *P II art XII.*

(iiii) v. MEVIVS ad *art. II. & III. t. II. P. II. iur. lub.*

(kkkk) v. TADDELIANA diſſ. *l. c.* §. *XLXII.* & *art.* 21. *t.* 2. *l.* 11. *I. L.*

Digitized by Google

bitrio parentis poſitum, an hanc, qua in hactenus cum liberis ſuis fuit, communionem, tantum qua bona defuncti coniugis, cuius iam liberi repraeſentant perſonam; an prorſus qua ſua quoque, cum liberis communia; reſcindere velit. ſcire enim opus eſt, huius conſilii arbitrium parentibus, non liberis relictum eſſe (vi prax.). quodſi *poſterius argumenta ab vtili* ſuadent; integra bonorum maſſa hactenus communium diuidenda eſt, ad orbem vsque in pariete: ac liberis altera, altera parenti portio cedit. atque haec eſt ſaepius laudata in iure lubecenſi liberorum *abdicatio*, bonorumque *diuiſio* (die Theilung) (llll). ſi *prius* magis placet; bonorum inter parentem atque liberos communio, tantum qua bona prioris coniugis, ac reſpectiue parentis, ſoluitur. atque tum coniux ſuperſtes, & parens, integra bona defuncti coniugis liberis cedere, atque his adſignare debet absque vlla deminutione; quod iam vtrique ſocio, ſecundum regulas ſociatis ſolutae, ſuum reſtituendum ſit: atque haec eſt illa *ſeparatio*, quae germanico idiomate vocatur der Ausſpruch (mmmm). quodſi cum nudis priuignis concurrit, vtraque pars ſua, ob ſolutam communionem, praecipit: ex bonis autem defuncti coniugis & reſp. parentis, ſuperſtes coniux dimidium, iure portionis ſtatutariae, lucratur (nnnn). tertium tandem caſum ſi ponis, quum ſcilicet ſuperſtes coniux tam cum liberis propriis, quam cum priuignis ad coniugis, & reſpectiue communis parentis ſucceſſionem, ab inteſtato, vocatur, atque concurrit: hoc quidem caſu, ex regulis communionis bonorum, morte defuncti coniugis ſolutae, coniux primum ſua repetit; aeque, vt liberi priuigni materna ſua bona, ipſis abs parente olim per ſeparationem (den Ausſpruch,) quum ad ſecunda vota progrederetur; aſſignata; ceſſante iam parentis vſufructu: ſibi integra vindicant. tum cum liberis ſuis atque priuignis ad defuncti coniugis ſucceſſionem vocata, inde *lucrum ſtatutarium*

(llll) *art.* 2. *t.* 2. *L. II.* & *art.* 3. *c. I.* IVR. LVB.
(mmmm) *art.* 31. *t.* 2. *L.* II. IVR. LVB.
(nnnn) v. I. L. *lib. II. tit. II. art. XXVIII.*

um portionis filialis lucratur (nnnn): cum liberis autem propriis tantiſper in communione manet, dum ad ſecundas nuptias animum conuertit; vel pacto communionem tollit. qua in re quid iuris ſit, iam ſupra declarauimus vberius. atque hi ſunt caſus illi diſtincti, ſecundum quos, & communionis bonorum, tam inter coniuges, quam parentes inter & liberos, principium acumen iuris lubecenſis hereditatem in concurſu coniugis & liberorum diſtribuit: quosque diſtinguere oportet eum, qui ſuum hoc in concurſu ſucceſſionis ab inteſtato cuique tribuere ſibi ſumit.

§ XXVIII.

VERVM quorſum haec omnia? eo quidem, vti iam de *vſancia* quadam *contraria domeſtica* facilius ſit iudicium, eam nec 1) *actionem*; neque 2) *exceptionem*; operari (§. XXV. XXVI. XXVII.) poſſe. ex confuſione ſcilicet caſuum, (§. XXVII. & in cit. art. XXVIII. I. LVB.) ſedulo ſegregatorum, & ignorantia, vel neglecta cura principii communionis bonorum (§ eod.), factum eſt ſaepe numero, vt parentes ad ſecunda vota transientes, mox proprium, mox alienum ſequuti iudicium, liberos defuncti coniugis ſuos per ſeparationem (den Ausſpruch), abs ſe ſegregaturi, alii ſibi ex bonis defuncti coniugis *filialem*; alii *plane dimidiam* vendicauerint *partem*: teſtante id quidem frequenti, ac ſatis odioſa experientia. neque mirum eſt, huius conſilii imitatores exſtitiſſe numeroſiſſimos, ſatisque frequentes vel ex parentum numero. quantusne enim ad imitandum vtilitatis ratio eſt ſtimulus (§. I. II.)? lites contra vel raro a liberis motae, quippe quorum animos vel nimia quaedam reuerentia, atque religio, parentum errori ſubmiſit. vel quos illa praeſumtio: parentes optimum pro liberis conſilium capere; ne de iure quidem conſulendo cogitare tantum permiſit. vel ſi exortae quidem, plerumque tamen in iudicium non deductae; ſed priuatos intra parietes amice transactae ſunt. vt iam alias rationes, ſatis odioſas, tacitus ſilentio praeteream. hinc tandem ea, quam

quo demonſtrata illuſtrantur.

(nnnn) art. 28. l. c.

(§.IV.) detexi, geneſi, VSANCIA *quaedam exorta eſt*, vi cuius parentes, ad ſecunda progredientes vota, ſeparatione facta; ad minimum *filialem ex bonis defuncti coniugis portionem praeſumere* conantur: fundantes ſe in eo: **es ſey hier ſo Uſance.** iam ergo videamus de hac vſanciarum ſpecie, vt in exemplo quodam domeſtico, ac ſatis pragmatico. notum eſt, tam diuiſionem (§. XXVII.), quam ſeparationem (§. eod.) bonorum priorum coniugum cum conſenſu neceſſariorum prolis, vel curatorum (oooo), fieri debere. quod ſi ergo hi, iuris melius gnari, integra bona defuncti coniugis liberis vindicando, filiali illi, per vſanciam parenti ſuperſtiti adtributae portioni contradicentes; hanc ipſi cedere detrectent: an quaeſo, coniux ſuperſtes hoc ius, ſibi ex vſancia conpetens, actione perſequi poterit (§. XXV.)? ego quidem non exiſtimo. deficit enim intentionis fundamentum, ſtatutum, vel ordinatio municipalis: deficit conſuetudo localis agnita, & confirmata (§. XXVII.). obſtat illi ex aduerſo *ius* (§. cit.), cuius *vſus practicus tutus* & *fundatus* (eod.): obſtat *iuris ratio*; ſcilicet *communionis bonorum*, per mortem alterius coniugis *ſolutae* (§ cit.), & iam *tollendae* (§. eod.), principium. facillime itaque exceptione intentionis non fundatae, cum actione ſua a limine iudicii remouetur *actor* coniux. *atque hoc erat* PRIMVM *diſquiſitionis noſtrae membrum* (§ praeſ.).

QVID vero ſi parens, non contradicentibus propinquis, ac curatoribus liberorum, *de facto*, & ex iure vſanciae, ſibi portionem illam, filialem adſignaverit; atque iam in poſſeſſione ſit: liberi vero ſui iuris facti, vel a patre adhuc viuo, vel ab eius coheredibus, hanc filialem portionem condictione ſine cauſſa, vel alio iuris remedio repetant: an tum quidem parens, vel eius heredes *exceptione* iuris cuiusdam ex vſu ſe tueri poterunt? neutiquam; vt ſtatim euincam. ſane careret haec exceptio non lege tantum (§. XXVII. & praeſent.); hinc aequitate lege agnita (§. XXVI.): ſed prorſus omni aequitate. enimuero aequi-

(oooo) conf. TADD. diſſ. *S. IV.* it. ord. polit. **t. von Erbſchafften**, *it. art.* 33. *l. c. I. L.*

Digitized by Google

aequitas in iure nihil eſt aliud, quam *rationabilitas* (pppp). ſed nulla hic adparet ratio, cur parenti, tamquam ſocio; in diuidenda ſocietate, qua in cum altero parente, cuius iam liberi repraeſentant perſonam, olim fuit; ex huius bonis quid praecipui concedendum ſit. potius e diametro obſtat ipſa ratio communionis bonorum, quae vniuerſale hic facit principium (XXVII.). obſtat porro fauor liberorum, qui, parente ad ſecundas nuptias transeunte, plerumque adhuc *minores* ſunt; quorum tamen in iure fauor eſt maximus (qqqq). in prouerbium praeterea iam abjit, vitricum ex matre nouercam; nouercam ex patre vitricum facere; vitricorum autem, atque nouercarum maximum in iure odium (rrrr). neque conſenſus neceſſariorum, vel curatorum, ius quoddam parenti, quod antea non habuit, tribuere poteſt. notum eſt enim ex primis iuris communis principiis, minorem in minorennitate laeſum contra facta curatoris (h. c. legitimorum,); imo contra ipſum magiſtratus decretum, reſtitui oportere. (ssss). vides igitur, vel in exemplo hoc ſpeciali, quod, cum quod erat domeſticum; tum quod inſtar omnium hic adductum ſit; plenius explicare operae duxi pretium: optimo me iure; *iuri ex vſu* tam *actionis*, quam *exceptionis* (§. XXV. XXVI.), denegare poteſtatem.

§. XXIX.

NEQVE VERO haec noſtra de vſanciarum, quam adeo puſillam eſſe, (§. XXV. XXVI. effecimus, auctoritate ſententia prorſus aliena eſt ab aliorum, quos inter numerari vix mereor, iuris peritorum conſenſu. quamuis enim ICtorum plurimi conſuetudinis, vſanciae, atque obſeruan- *conſenſus docetur.*

 tiae

(pppp) conf. conſultiſſ. DOM. D. KEDINGII diſſ. inaug. *de limitibus iuſtitiae, aequitatis, iuris aggr. &c.* ſub *communi* mecum PRAESIDIO ventilata ROST. 1738. §. 45.

(qqqq) v. *t. de minoribus.*

(rrrr) vid. MVLLERVS d. *de odio ſecundarum nuptt.* & alii.

(ssss) vid. ILL. BOEHMERI ius digeſt, *tit. de minoribus*: ſpeciatim §. 4.

204

tiae conceptus, aeque, ac vocabula, miſere confundant: id quod iam in *praefamine*, atque (§. XVI.) denuo conqueſtus ſum: quum tamen haec tria entium genera multum, ſi proprius cuique conceptus relinquendus eſt, inter ſe differant: (§. VII. IV. & XVI.) non tamen plane deſunt, qui iuſtum cuique pretium ſtatuere ſciuerunt. vel vnicum IO. GOTTL. SIGELIVM, antecesſorem illum academiae lipſienſis celeberrimum, praeceptorem meum, atque fautorem aetatem quam maxime ſuſpiciendum, hic produxiſſe ſufficiat; qui in introductione ſua ad ius cambiale (tttt), conſuetudines cambiales ſedulo ab vſanciis mercatorum cambialibus diſtinguit: hisque iuris (perfecti §. XXV.) elogium, ac poteſtatem tribuere prudenter admodum detrectat. ita vero vir conſultiſſimus (vvvv): Das Wechſel-Recht, inquit, iſt eine Vorſchrifft des Obern, wornach die Unterthanen ihre Handlungen in Wechſel-Sachen einzurichten haben. Es theilet ſich ein in ein geſchriebenes und nicht geſchriebenes Jenes wird genennet, welches mit des Obern ausdrücklicher Verfügung verknüpfet iſt, dieſes hingegen iſt dasjenige, ſo durch Gewohnheit erwachſen, folglich zu einem nicht geſchriebenen Wechſel-Rechte alle diejenigen Stücke, woraus eine Gewohnheit beſtehet, erfordert werden. Hieraus ergiebet ſich von ſelbſten, daß NB. die unter denen Kauffleuten übliche *Uſances* nicht gleich ein Wechſel-Recht ausmachen.

ex verbis cel. SIGELII.

§. XXX.

de probatione vſanciae otioſa eſt quaeſtio.

QVAE. QVVM ita ſint, opus non eſt, de onere, ac modo probandi vſanciam in iudicio, hic aliquid diſputare. ferrea eſt regula practicorum, qua ſe, vt ACHILLIS quodam clypeo, quotidie aduerſus iudicem, partem ab onere probandi defendunt: *probanda non eſſe ea, quae probata non releuant*:

(tttt) ſub rubro: Einleitung zum Wechſel-Recht überhaupt, primum corpori iuris cambialis adiecta, mox ſigillatim typis expreſſa LIPS 1743.

(vvvv) c. I. im Vorberichte §. XIII.

Digitized by Google

uant: ſeu cauſſam minus muniunt ſua probatione(xxxx).horum autem in numerum iure referuntur vſanciae: quippe quae nec actionem, nec exceptionem fundant(§. XXV. XXVI.).ergo nulla vſanciarum in iudicio probatio. atque haec quidem eo velim cum effectu intelligas, vt parti aduerſae, in iure ſe fundanti ordinario, iuſtiſſimam adpellationem conpetere arbitrer, ſi iudex alleganti contrariam vſanciam vel probationem ſolum inponat; atque hoc ipſo & proceſſum ducat in longius; & iuri huius *fundato* minus ſuccurrat actutum (yyyy). ſententiam autem, qua iudex vſanciae ab ipſo iure contrario, necdum abrogato, victoriam concederet, non poſſum non; quin ipſo iure pronunciem nullam (zzzz).

§. XXXI.

continuatio, & dubii ſolutio.

ATQVE haec vera manent etiam, ſi cauſſa non coram iudice quodam inferiori; ſed coram ipſo magiſtratu, cui facultas ſtatuta tam praeter, quam contra ius commune condendi,ex priuilegio,vel pacto conpetit; agatur. ſecernenda eſt enim hic duplex in magiſtratu eiusmodi, & *ſtatutorum conditoris*, & *iudicis* perſona: quemadmodum & in principe *legiſlatoris* & *ſummi iudicis* opus eſt ſubinde diſtinguere perſonas (zzzz*). legiſlatoris ſcilicet, & ſtatutorum conditoris, eſt *ius nouum* condere: iudicis, ius *iamiam conſtitutum* ad cauſſas & facta *adplicare* (p. definitt.). iudicis itaque conceptus ſemper ius *iam conſtitutum* praeſupponit. hinc iudices legum tantum miniſtri dicuntur; non magiſtri, ſeu auctores. vnde prono fluit alueo, magiſtratum, ſi iudicis fungatur officio, per ipſum iudicis conceptum, ſemper ius quoddam *iam conſtitutum* praeſupponere, hocque ſequi debere. ſed ſtatutorum conditoris eſt, *ius nouum* conſtituere (p. def.). ergo magiſtratus, circa vnam eamdemque cauſſam, ſimul iudicis & ſtatutorum conditoris perſonas gerere nullo modo poteſt (p. pp. contr.). atqui vero loquimur de cauſſa, coram magiſtra-

(xxxx) *L. 21. C. de probat.*

(yyyy) c. STRYKIVS *in I. ad P. F. cap. XVII. §. V.*

(zzzz) *L. 4. C de ſent. & L. 1 §. 2. quae ſent. ſine appell.*

(zzzz*) conf. HERTII *d. de vno homine plures ſuſtinente perſonas.*

205

tu, in iudicium deducta (p. hyp.): ergo & de magiſtratu *iudicis* perſonam gerente (p. def.). hinc magiſtratus in eadem hac cauſſa, vbi iudicis fungitur perſona; ius nouum conſtituere nequit: ſed ius *iam conſtitutum* ſequi; ac ad cauſſam praeſentem adplicare obligatur. quae quum ita ſint, magiſtratus nec vſanciae, *in ius deductae*; noui quid iuris tribuere poteſt, quod antea non habuit: ſit praeter, ſit contra legem, nil intereſt, ob principiorum vniuerſalitatem. enimuero vſancia, etiam ſi tantum *praeter legem*, quod aiunt, inuecta ſit; neque actionem tribuit (§. XXV.); neque exceptionem (§. XXVI.): ſed ad ſummum, quod iuſti ſit regula (§. IV.), ius quoddam tantum *imperfectum*, quod *iudex* minus curat (p. principia iurispr. ciuilis); operatur. ergo nec magiſtratus *iudicis* perfungens perſona, actionis, vel exceptionis auctoritatem vſanciae cuidam in iudicio tribuere poteſt. quin grauaret partem in iure ſe fundantem, ſi vel probationem vſanciae alteri parti inponeret (§. XXX.). quod ſi vero vſancia ad haec *iuri ſtatuto*, nec dum expreſſe abrogato, aduerſatur; *ius* ſequendum eſt iudici: ni nullitate laborantem ferre velit ſententiam (§. XXX. inf.). ergo & magiſtratus, quamuis iuris noui ſtatutarii poteſtate gaudens condendi (p. hyp.), *iudicis* fungendo officio (p. hyp.), quum nouum ius conſtituere in iudicio non poſſit, ſed ius iam conſtitutum ſequi teneatur (p. dem.): *nullitatem* committeret, *vſanciam* prae *iure conſtituto* ſequutus. q. e. d.

§. XXXII.

epicriſis. EX HIS arbitror, adparet, quid ſentiendum ſit de ficulnea practicorum quorumdam iurisprudentia, qui vſanciam ſuam ſatis fundatam exiſtimant, ſi modo probare poſſint, eam in caſibus antea obuiis, bis vel per ter agnitam eſſe iudicis ſententia. certe, quum erubeſcendum ſit ICto ſine lege loquenti (aaaaa); neſcio ſane, quomodo frontem a pudore ſaluam habere poſſit iudex, vſanciae *praeter legem* introductae, vel ſubinductae potius; *ſine lege* (§. XXV.) ſuccurrens ſua ſententia. neque hinc

(aaaaa arg. *NOV. XVIII. c. V.* §. 1. conf. LVDOVICI d. de ICto ſine lege loquente §. 12. *ſqq.*)

Digitized by Google

hinc cauſſam ſuam munire; ſed iudicium potius in ruborem dare velle mihi videtur cauſidicus, in eiusmodi ſententiis friuolis, ne dicam ſpuriis, ambitioſis, & iniuſtis intentionem ſuam fundando. quod vero ad vſancias *iuri ſtatuto aduerſas* adtinet; quid de eiusmodi iudicis ſententiis, ipſo iure nullis (§. XXXI.), iudicandum ſit, non opus eſt, vt moneam lectorem; quum ipſe CELSVS de his iam iudicium tulerit (bbbbb): *quod non ratione introductum, ſed errore primum, deinde conſuetudine obtentum eſt; in aliis ſimilibus non obtinere*: quo ipſo omnis huius generis praeiudiciorum, vere praeiudiciorum (§. XII.), auctoritas in foris bene conſtitutis damnatur.

EQVIDEM bene memor ſum, me hactenus de magiſtratu, cui ſtatutorum condendorum conpetit poteſtas; loqui (§. XXXI.): at haec ſalua manet, ſalua quoque noſtra theſi. non nego, magiſtratum, vi condendi iuris ſtatutarii praeditum, vſanciam quamdam l. praeter, l. contra legem, hactenus gliſcentem in ciuitate, quae eius eſt poteſtas, publice confirmare; atque vel per ſtatutum expreſſum, vel per decretum quoddam generale (einen gemeinen Beſcheid), inter iura ciuitatenſia recipere poſſe. id tantum nego, hoc, vbi antea non factum eſt, *ipſo iudicio*, ipſa ſententia, fieri poſſe. enimuero omnis noui iuris conſtitutio, vel praeter, vel contra ius iam conſtitutum, iam vero abrogandum; in ciuitate occurrens, regulariter tantum ad cauſſas futuras, non praeſentes, vel praeteritas pertinet (per regulas iurispr. ciuilis(ccccc): ne *iuri* cuiusdam, iam *quaeſito* ex veteri iure; vel *libertati*, vel *iuſtiori petitioni*; aliquid noua noui iuris ſanctione detrahatur (ddddd). his autem profecto! mirum quantum detraheretur, quod ſi ipſa in lite, moto iam iudicio, per receptionem vſanciae, atque veteris iuris, vel priſtinae libertatis, abolitionem; partibus praeter iuſtitiam, nouum iniuria ius obtruderetur. recipiatur ergo vſancia, confirmetur, atque pro iure teneatur in cauſſis futuris;

dubium. *reſponſio*

(bbbbb) in L. ſupra all. 39. de LL.

(ccccc) *L. 7. C. de LL.* conf ILL. BOEHMERI ius ſt. *tit. de* LL. §. 14.

(ddddd) ILL. BOEHM. c. l. n. 4.

ris; vt conſuetudo quaedam localis & ſtatutaria (§. XI,): non obloquor. aſt ipſo iure dicundo nouum, & hactenus non cognitum ius non dicatur. haec enim legislatoria prudentia aedepol! omnem euerteret funditus iurisprudentiam, aequitatem, iuſtitiam.

§. XXXIII.

vſanciarum in iudicio vſus practicus directo nullus, an, quantusque per indirectum?

VSANCIARVM ergo in foris vſus practicus, me quidem iudice, *directo* nullus (per §. XXV. XXVI. ſqq.). videtur tamen aliquis *per indirectum* eſſe poſſe. ITA ſcilicet, quodſi ex aliis circumſtantiis de *calumnia* & *temeritate* actoris, vel rei atque excipientis non conſtat; ego quidem eum, qui intentionem ſuam *vſancia* tuetur, *a calumnia, ac temeritate: hinc ab inpenſarum liberarem poena* (eeeee). ineſt ſane in vſanciis *iuſti* quaedam, atque *neceſſitatis* ſpecies (§. IV. ſqq.); quae bonam fidem, ac iuris perfecti, vtut deficientis re ipſa (§. XXV.), operatur opinionem: quae mihi, poſitis reliquis quoque terminis habilibus (per hyp.); calumniam, atque temeritatem excludere videntur omnino: quod ſcilicet hactenus eiusmodi vſancia publice non ſit reprobata; ſed indies aucta ſua continuatione. liberat praeterea, ſaltim in praxi, (eaque ex antiqua, ſub AVGVSTO ſtabilita prudentum auctoritate oriunda, ac hodiernum vigente;) vel vnius probati alicuius ICti, cui facultas de iure reſpondendi data eſt, conſilium vel reſponſum a temeritate & expenſis (fffff). at vero in *vſancia* quadam fundaturus intentionem, auguror, non vnius doctoris; ſed communis ſcholae DD. omniumque ad vnum lucrabitur patrocinium: ſi modo de antiquitate & conſtantia; vel, quod maius adhuc videtur, de facta contradictae (*) iudicio confirmatione (*), fidem facere poſſit conſulendo D. vel collegio. fruſtra enim hactenus contra hanc pri-

I. liberat a calumnia, temeritate, & expenſis.

(eeeee) v. *L.* 79. *ff. de iudic.*

(fffff) v. S. *STRYKII. I. in P. F. cap. II. §. IV.*

(*) *v. L.* 34. *de LL.*

(*) enimuero loco: contradicto iudicio, legendum eſſe in L. c. ac legi in C.F. contradicta iudicio; auctor eſt GVND*L.* l. c. art. vom Gewohnheits-Rechte.

priuati doctoris auctoritatem monuit MARTINVS (**), *quod nihil tam inepte fingi poſſit, quod non aliquo commento colorari poſſit a doctore quodam*: atque ipſe non ſine ratione valde dubito, an ea, quae S. II. hactenus euici, omnibus ad palatum futura ſint: vt ſpes ſit exigua, ea in facultatibus atque collegiis mox receptum iri. tribuenda itaque viſa eſt vſanciae, inter corruptelas fori, haec auctoritas, vt in iudicium deducta, nec ſtatim reiecta, immunitatem ab inpenſis operetur; & temeritatem excludat. EST praeterea, quod mouet animum, vt arbitrer iudicem, qui in omni parte iudicii tentare debet amicabilem compoſitionem (***); vſancia quoque vti poſſe ad ſuadendam concordiam, inprimis in exordio litis. enim- uero, quum tum quidem non *iudicis* fungatur officio; ſed *boni viri*: nec dum ſecundum acta & probata (****); ſed ex amore concordiae, & ſecundum proceſſus incommoda atque aleam iudicet: ita vt fas quoque ſit, argumentis homileticis ad ſopiendos litigantium animos vti; quod ſecundum vulgatum illud: vtilius ſit macre concordium quauis pingui ſententia (****): non video, quominus & vſanciam in auxilium vocare poſſit iudex, quippe cui ſingularis quaedam adhaeret neceſſitatis & iuſtitiae (§. IV. ſqq.) ſpecies. praeſertim quum pars in vſancia ſe fundans, huius fragilitate demonſtrata (§. XXV. XXVI.), facilius a iudice commoueri poſſit, ad transactionem cum altera parte, qua optima cunque via ingrediendam. obſtinatis enim ad haec animis conſilia; quemuis contra bonum iudicem ea oportebit obſeruare, quae ex natura vſanciarum, atque ſecundum analogiam iuris communis (§ XXIV.) hactenus demonſtrauimus *circa vſancias* IN. IVS *deductas*, obtinere debere; id eſt vſanciarum, circa merita cauſarum, flocci pendere allegationes.

II. proficit ad amicabilem compoſitionem.

§. XXXIIII.

HACTENVS de *vſu* practico vſanciarum *in iudicio*; quem ſatis exiguum eſſe, (a §. XXV.) hucusque, demonſtrauimus. neque tamen nulla eſt iuris ex vſu in cauſſis extraiudicialibus

vſanciarum vſus practicus extraiudicialis.

G

(**) ad O. I. S. *tit* 36. §. 1. *n.* 95. *ſqq.* (***) *per R. I. de a.* 1654. §. 2. 110 vid. etiam ZIEGL. *in tr. de O. I. concl.* 22. & GASSEL in ſpec. iuris *c. IV. n.* 36. (****) *pr. I. de O. IVD. L.* 13. *C. de S. & I.* (****) *KNICHEN de S. non prou. iure ad uocem ius. cap. III. n.* 73.

bus, iuribus, poſſeſſionibus, & contractibus quotidianis; aliisque negotiis ciuilibus, auctoritas. conſtitutum erat, hos iuris ex vſu effectus extraiudiciales aliquanto plenius excutere: ſed iuſtae diſſertationis limitibus excluſi, ne opella haec in tractatus molem excreſcat; praecipuos tantum quoſdam tangam; eosque vna paragrapho exponam. quemadmodum itaque rerum diutius ſimiliter geſtarum maxima in vita ciuili, (§. III.) ipſasque inter leges eſt religio: atque ius ex vſu hoc

vſancia.

quidem ex fonte, qui eſt imitatio (§. eod.), promanat (§. IIII): non eſt, quod dubites, quin egregiis gaudeat in vita ciuili

I. operatur bonam fidem.

effectibus. HOS inter primo loco refero, *quod operatur bonam fidem.* bona fides enim *in genere* conſiderata, nihil aliud denotat, *quam opinionem iuſti externi*; in materia vero praeſcriptionis ſpecifice deſignat opinionem iuſti tituli (******); et ignorantiam rei alienae (*******). quum ergo ius ex vſu ſpecies ſit *iuris externi* (§. IV.), ac quamdam *neceſſitatis* ciuilis ſecum ferat opinionem (§. eod. & III): patet illud *bonam fidem* vtique operari. qui ergo quid ex vſancia poſſidet, bonae fidei eſt poſſeſſor: hinc fructus poſſeſſionis lucratur (a): nec praeſtat culpam (b); nec caſum (c). contra rem per iuſtum temporis tractum *iure* poſſeſſam praeſcribit (d). hinc vſancia, quem *ſecundum*

II. tribuit conditionem praeſcribendi.

effectum nominamus, *conditionem praeſcribendi tribuit ei, qui rem ex ipſius auctoritate poſſidet. PORRO* quum ex his, quae plerumque fiunt, quaedam oriatur *praeſumtio* de indole actionis frequenter obuiae, ac mente agentis (e) praeſumens: atque vſancia, quae ex diuturna, atque conſtanti actus cuiusdam imitatione oritur (§. IV.), tandem regulam quamdam, atque normam faciat acturis (§. III. IV. V.): dubium non eſt, *quin*, circa nego-

III. operatur praeſumtionem.

tia quae verſatur, *de horum indole ac forma; vt & de animo agentis legitimam quamdam faciat praeſumtionem*: *in caſu quodam dubio, atque non ſatis determinato per ipſum ipſius auctorem.* atque hic *tertius* eſt effectus, quem vſanciae in cauſſis *extraiudicialibus* tribuimus: quam-

(******) *L.* 109. *de V. S.* (*******) v. ALCIATVS *de V. S. ad L. CX.* vt ille habet: BERGER *in oecon. iur. lib. II t. II. §. XVII. n.* 4. *&* §. *XXI* p. m. 243 & 253 it. *c. vlt. X. de praeſcr.*

(a) L. 22. 25 §. 11. & 15. L. 36 § 4. L. 40 §. 1. de *hered. petit.* reliquae.

(b) L. 25. § 11. L. 30. *eod.* reliquae. (·) L. 40. *eod.* & L. 15. de R. V.

(d) vid. compendia iuris, tit. de *praeſcriptionibus.*

quamuis non negemus,his tribus effectibus vſanciarum locum quoque *in iudicio* eſſe poſſe;ſi cauſſae hactenus *extraiudiciales iudicio contentioſo* excutiantur. rectius tamen ad extraiudiciales nobis referri videntur propterea,quod alias nulla cauſſa tam *extraiudicialis* ſit,quae non in *iudicio* quoque ventilari poſſit. hi contra vſanciarum effectus & extra iudicium ſe exſerere poſſunt,excludentes litem atque reprimentes; non munientes, formantes, decidentes. hinc illos curatius ad extraiudiciales referri videtur. DVO vero ſuperſunt iuris ex vſu effectus, qui prorſus ad iurisprudentiam *extraiudicialem* pertinent: horum enim alter *cautelarem* reſpicit; alter minus forenſem, quam *amicam* dixerim. enimuero & ſana ratio,& ipſae LL. (f.) monent, vt in quouis negotio ciuili caute mercemur; ne quid damni, ſaltim ne quid incommodi aliquando inde nos maneat: hinc *cautionibus* & *cautelis* in quouis negotio nobis proſpiciamus, quam fieri poteſt circumſpecte. ſunt enim CAVTELAE, ſi ſano illas in ſenſu accipias conſilia,& regulae prudentiae,ad auertendum damnum adhibitae(g). neque abſonum, ſed ſaepius maxime conſultum eſt, & ſuperfluis vti, quum futuris litibus non ſatis occurri poſſit; vt maioris ſecuritatis ergo vel ſuperflua adieciſſe contractibus, non raro mirifice proſit (h).quapropter, quoniam vſanciae *regulam* quamdam *iuris* faciunt & ac *legis inſtar* valere videntur (§ IV.): cauto patrifam. metuendum eſt vtique, ne pactionibus & contractibus ab ipſo initis, aliquando obmoueatur vſancia contraria; vtut certum ſit, eam vix aliquid in iudicio operari poſſe (§. XXV. XXVI. ſqq.). atque propterea circumſpecti omnino erit ICti,futurae quoque huic,vtut inani liti (§§. citt.), per cautelam quamdam, renunciatiuam,obuiam ire: praeprimis, ſi qua negotio, ſecundum leges expedito, notoria obſtet vſancia ciuitatis & loci. *ius itaque ex vſu* CAVTELAM *quoque producit.* vltimum eius effectum memoro, *quod facilem reddit* TRANSACTIONEM. EXTRAIVDICIALEM. ſubinde ſcilicet iam monui, per magnam ineſſe vſanciae *iuris* cuiusdam, atque *neceſſitatis* ſpeciem (§. IV.).atqui vero,quum ſaepius etiam ſub iuſto clypeo ſuccumbere aliquis poſſit; & verecunda ſit eius cogitatio, qui lites exſecratur (i).; nulla autem transactio absque remiſſione aliqua iuris nobis con-

munitio.

cautelarum finitio.

IIII. producit cautelam renunciatiuam.

(e) vid. DD. ad tit. d. P. & P.
(f) v. STRYK C. C. C S. I. C. I. §. III. ſqq.
(g) vid ILL. BOEHMERI *ius dig P. I. L. I. t. 1. § 7.* & STR. C. CC. *c. l. §. VI.*
(h) v. STRYK c. l. §. XIV.

& V. facilem reddit tranſactionem extraiudicialem.

petentis fieri poſſit (k); atque ideo ad conciliandam tranſactionem etiam ius *minus perfectum* ſufficere videatur; non ſine ratione hunc quoque vſanciae, quamquam iuri inperfecto (§ XXV, XXVI.), tribuere mihi videor extra caſum litis motae effectum; vt idem ſupra (§. XXXII.) & circa cauſſam iam in iudicium deductam demonſtraui: quod *tranſactionem facilem operetur.* atque haec iam de auctoritate, ac effectibus iuris ex vſu *extraiudicialibus* (pr. §. praeſ.) ſufficiat dixiſſe.

§. XXXV.

peroratio SECT: IIdae.

VIDES ergo L. B. quantum vſanciis, tam *in iudicio*, quam *extra illud* ſtatuere debeas pretii. enimuero quanta illarum ex principiis iuris communis romani, tam *caeſarei*, quam *pontificii* auctoritas eſſe debeat, (§. XIX. XX. XXI. & XXII.) late deduximus; eamdem illis ex iure *feodali longobardico* quoque (§. XXIV.) vindicantes, repudiatis vero *hiſtoriarum communium* in foris & ciuitatibus germaniae (§. XXIII.) principiis: alteram, (§. VIII.) indicatam, ingreſſi viam (§. XXIV.); ex analogia (§. XVIII) iuris communis iuſtis vſanciarum incepimus limitibus ſuis circumſcribere auctoritatem. tanti eam non eſſe, vt vel *actionem*, vel *exceptionem fundatam* tribuant, (§. XXV. & XXVI.) demonſtratum eſt; exemplo praeterea, & pragmatico ſatis, & domeſtico, vberius adhuc declaratum (§. XXVII. XXVIII.); quin, ne quid noſtrae ſententiae deſit auctoritatis; egregii praeterea cuiusdam doctoris lipſienſis *conſenſu* conprobatum (§. XXIX.). qua theſi ſolide ſatis, quod putamus, adſtructa, de *probatione* vſanciae (§. XXX.) vix operae pretium duximus, aliquid diſquirere: *dubio* ſcilicet, quod a *magiſtratu* iudice, *ſtatutorum condendorum* poteſtate praedito, ſumi poſſet, (§ XXXI.) affatim ſatisfacientes. haud tamen nullum prorſus vſanciarum in iudicio eſſe vſum practicum, (§ XXXIII.) comprobauius; ſed *indirectum* tamen tantum: quorſum pertinet, quod litigantes praeſidio vſanciae a *calumnia*, & *temeritate* ac inde fluenti *inpenſarum poena* liberari: iudicemque vſanciis ad inpetrandam, praeprimis primo in termino, *compoſitionem amicabilem* prudenter vti; docuimus (§. cit.). tum quidem ad *effectus* vſanciarum *extraiudiciales* conuerſi, hos inter (§. XXXIIII.) eos tantum nominatim depraedicauimus, qui nobis praeſtantiores videbantur. hi quidem, ni fallor, erant, quod vſancia I) *bonam fidem*, eiusque *emolumenta*; II) *praeſcriptionis conditionem*; III) *praeſumtionem*; IV) *cautelam*; atque denique V) *tranſactionem faciliorem* operatur:

concluſio.

teſte (eod §. XXXIV.). IN his ergo ſtadio finito, ac meta adtacta, iam laſſis placet ſubſiſtere: atque diſſertationi noſtrae, quam bonis omnibus iudicandam committimus, inponere FINEM.

S. S. D. G.

(i) L. 4. §. 1. in f. de A. I. M. C. F. ad quam L. vide DOM. mei PRAESIDIS *diſſ.* 1732. *habitam, reſpondente viro conſult.* I. STEPH. SCHWABE.

(k) L. 38. C. de *tranſact.* coll. STRYKIO in *I. ad P. F. C. II.* §. 2.

BIBLIOTECA NAZ. ROMA VITTORIO EMANUELE